

23 Règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur

Le règlement européen relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur permet à la Commission européenne de prendre des mesures pour remédier aux distorsions de concurrence causées par les subventions issues de pays tiers. Depuis le 12 octobre 2023, il impose des obligations de notification en matière de concentrations et de commande publique. Explications de Mes Ponsard et de Sevin.

1 Le règlement (UE) 2022/2560 du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur (le « Règlement » : JOUE L 330 du 23-12-2022 p. 1) vise à combler une **lacune dans le droit de l'Union européenne**. S'il existe, de longue date, un encadrement des **aides accordées aux entreprises par les Etats membres**, aucun texte, jusqu'à l'adoption du Règlement, ne permettait de lutter contre les distorsions que peuvent créer les **subventions accordées par des pays tiers**. Il existe certes des règlements sectoriels traitant de cette question (par exemple, le règlement UE 2016/1035 du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les pratiques préjudiciables en matière de prix dans la construction navale) ou des réglementations générales poursuivant des objectifs proches (par exemple, le règlement UE 2019/452 du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union), mais aucune n'était à la hauteur de l'enjeu.

2 L'importance des effets anticoncurrentiels que peuvent avoir les subventions de pays tiers sur le marché intérieur, notamment dans le cadre d'opérations de concentration ou de l'attribution de contrats publics, a donc conduit l'Union européenne à adopter ce nouveau Règlement. Celui-ci permet à la **Commission européenne** – seule autorité compétente pour l'appliquer, à l'exclusion notamment des Etats membres – d'enquêter et de prendre des mesures contre les subventions étrangères qui faussent le marché intérieur, en la dotant de **trois outils** : un pouvoir général d'examen d'office et deux procédures de notification préalable, en matière de concentrations et de commande publique.

3 Entré **en vigueur** le 12 janvier 2023, le Règlement a commencé à s'appliquer le 12 juillet 2023, à l'exception des pro-

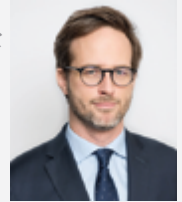
Michel Ponsard, associé chez UGGC Avocats en droit de la concurrence, possède plus de vingt ans d'expérience en conseil et contentieux. Ses domaines



MICHEL PONSARD
Avocat associé
Cabinet UGGC Avocats

d'intervention couvrent l'automobile, la pharmacie, la distribution, les médias, l'immobilier, le transport, ainsi que le contentieux. Michel Ponsard est également un membre actif au sein de réseaux professionnels nationaux (Afec) et internationaux (Interlaw-LIDC), enrichissant ainsi sa perspective sur le droit de la concurrence.

Benjamin de Sevin, associé chez UGGC Avocats en droit public des affaires, possède près de quinze ans d'expérience en conseil et contentieux. Sa pratique se concentre sur trois



BENJAMIN DE SEVIN
Avocat associé
Cabinet UGGC Avocats

domaines principaux : le droit des contrats publics, la réglementation et la régulation des activités économiques, ainsi que la déontologie et le droit disciplinaire et pénal des activités économiques.

cédures de notification précitées (n° 2), dont l'application est reportée au 12 octobre 2023.

4 En complément, la Commission a adopté le 10 juillet 2023 le **règlement d'exécution** (UE) 2023/1441 relatif aux modalités détaillées des procédures mises en œuvre par la Commission en vertu du règlement (UE) 2022/2560 (le « Règlement d'exécution » : JOUE L 177 du 12-7-2023 p. 1).

I. Qu'est-ce qu'une subvention étrangère faussant le marché intérieur ?

5 Le Règlement a pour objet d'établir un cadre harmonisé permettant de « lutter contre les distorsions causées, directement ou indirectement, par les subventions étrangères, en vue de garantir des conditions de concurrence équitables » (Règl. art. 1).

Il s'applique donc aux subventions étrangères et permet à la Commission européenne de remédier à celles qui faussent le marché intérieur.

Une définition large des subventions étrangères

6 L'article 3 du Règlement dispose qu'« une subvention étrangère est réputée exister lorsqu'un pays tiers octroie, directement ou indirectement, une contribution financière qui confère un avantage à une entreprise exerçant une activité économique dans le marché intérieur et qui est limitée, en droit ou en fait, à une ou plusieurs entreprises ou à un ou plusieurs secteurs ».

Quatre éléments doivent donc être réunis.

7 En premier lieu, un **pays tiers** à l'Union européenne, ou l'une de ses **émanations**. Le Règlement adopte ici une approche extensive dès lors qu'il peut s'agir non seulement du gouverne-

ment central ou des pouvoirs publics à tous les autres échelons, mais également des entités publiques ou privées dont les actes peuvent être attribués au pays tiers. Sur ce point, l'approche retenue dans le Règlement rappelle celle appliquée en matière d'aides d'Etat, plus précisément pour l'application du critère de l'imputabilité de l'avantage à l'Etat, pour lequel la Commission rappelle qu'il « ne convient pas de démontrer que, dans un cas particulier, les autorités publiques ont incité concrètement l'entreprise publique à prendre la mesure en cause » et qu'au contraire « l'imputabilité à l'Etat d'une mesure prise par une entreprise publique peut se déduire d'un ensemble d'indices résultant des circonstances de l'espèce et du contexte dans lequel cette mesure est intervenue » (Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'Etat » n° 2016/C 262/01, point 4.2).

8 En deuxième lieu, une **entreprise**, c'est-à-dire, selon la définition usuelle qu'en retient le droit de l'Union européenne, toute entité exerçant une activité économique (Communication de la Commission précitée, point 2).

Le Règlement précise toutefois que l'entreprise doit exercer cette activité économique « dans le marché intérieur », ce qui vise notamment le fait d'acquiescer ou de fusionner avec une entreprise établie dans l'Union, ou de participer à la procédure de passation d'un marché public ou d'une concession dans l'Union (Règl. art. 1, § 2).

Les entreprises extra-européennes intervenant dans le marché intérieur ne sont donc pas les seules visées. Les entreprises européennes sont tout autant concernées, y compris les entreprises publiques.

9 En troisième lieu, une **contribution financière** octroyée, directement ou indirectement, à l'entreprise par le pays tiers. Cette notion est, elle aussi, largement entendue, à l'instar de la notion d'utilisation de « ressources d'Etat » dans le cadre de la réglementation des aides d'Etat. Le Règlement fournit ici une liste d'exemples, couvrant les transferts de fonds ou de passif (apport en capital, prêts, garanties, incitations fiscales, rééchelonnement de dette, etc.), les abandons de recettes (exonération fiscale, octroi de droit exclusif sans rémunération adéquate, etc.) ou la fourniture ou l'achat de biens ou de services (Règl. art. 3, § 2).

Ce point est crucial dans l'application du Règlement, puisque ce sont ces contributions financières qui doivent être notifiées dans le cadre des mécanismes de contrôle « ex ante » présenté plus loin. La conception extensive retenue par lé-

gislateur et la relative indétermination du périmètre de cette notion font peser sur les entreprises un difficile travail de recensement.

10 Enfin, la contribution financière doit conférer un **avantage à l'entreprise bénéficiaire**, ce qui vise tout ce qui n'aurait pas été obtenu dans des conditions normales de marché (Règl. art. 13, § 1). L'**avantage** doit en outre être **sélectif**, c'est-à-dire que la contribution doit être « limitée, en droit ou en fait, à une ou plusieurs entreprises ou à un ou plusieurs secteurs » (même art.). Ces deux notions se retrouvent là encore dans la réglementation des aides d'Etat, qui pourra fournir de précieuses indications, s'agissant par exemple de l'utilisation du critère de l'opérateur en économie de marché (voir notamment la Communication de la Commission précitée, points 4 et 5).

Comment la Commission détermine l'existence d'une distorsion dans le marché intérieur ?

11 A la différence des aides d'Etat, les subventions étrangères ne sont pas interdites par principe. Il revient à la Commission européenne d'apprécier, au cas par cas, si une telle subvention fausse le marché intérieur car seules ces subventions peuvent faire l'objet de mesures réparatrices.

Deux **conditions** doivent être réunies : la subvention étrangère doit être « de nature à renforcer la position concurrentielle d'une entreprise dans le marché intérieur » et, « ce faisant », elle doit affecter « réellement ou potentiellement la concurrence dans le marché intérieur » (Règl. art. 4, § 1). Ici encore, cela n'est pas sans rappeler l'exigence, en matière d'aides d'Etat, que l'aide en cause renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges entre Etats membres, ce qui renvoie à l'application combinée de l'exigence d'une aide qui fausse ou menace de fausser la concurrence et de celle d'une affectation des échanges entre les Etats membres, toutes deux prévues par l'article 107 paragraphe 1 du TFUE (voir notamment la Communication de la Commission précitée, point 6).

12 Pour guider la Commission dans cette analyse, le Règlement prévoit des indicateurs, des seuils et des présomptions.

L'existence d'une distorsion dans le marché intérieur doit en principe être déterminée sur la base d'**indicateurs**, dont le Règlement fournit une liste non-exhaustive (montant et nature de la subvention, situation de l'entreprise, finalité de la subvention, etc.) (cf. Règl. art. 4, § 1).

Le Règlement pose ensuite deux **seuils**, fondant une présomption et une exclusion (Règl. art. 4, § 2 et 3) :

- d'une part, une subvention étrangère d'un montant inférieur à 4 millions d'euros sur trois années consécutives est considérée comme « peu susceptible de fausser le marché intérieur » ;

- d'autre part, une subvention étrangère ne dépassant pas le montant d'une aide « de minimis » au sens du droit des aides d'Etat – auquel il est renvoyé expressément (soit 200 000 € : Règl. 1407/2013 du 18-12-2013 art. 3, § 2-al. 1) –, par pays tiers et sur trois années consécutives, n'est pas considérée comme « susceptible de fausser le marché intérieur ».

Le Règlement prévoit enfin une liste de catégories de **subventions étrangères considérées comme les plus susceptibles de fausser le marché intérieur** (Règl. art. 5, § 1) :

subvention à une entreprise en difficulté, garanties illimitées, subventions facilitant directement une concentration ou permettant de sou-

“ Les subventions étrangères ne sont pas interdites par principe ”

mettre une offre indûment avantageuse dans une procédure de passation d'un marché public ou d'une concession. Sur ce point, le Règlement semble poser une véritable présomption, puisque, pour

de telles subventions, la Commission est dispensée d'une appréciation détaillée et il revient à l'entreprise de démontrer l'absence de distorsion du marché intérieur (Règl. art. 5, § 2 et considérant 20).

On verra que cet examen est adapté dans le cadre des régimes de contrôle « ex ante » des concentrations et des procédures de passation des contrats de la commande publique.

La mise en balance des effets négatifs et positifs de la subvention étrangère

13 La Commission européenne peut mettre en balance les effets négatifs de la distorsion du marché intérieur causée par une subvention étrangère, avec ses effets positifs (Règl. art. 6), ce qui peut la conduire à renoncer à toute mesure réparatrice ou, à tout le moins, à les adapter.

Les effets positifs à prendre en compte ne sont pas précisément encadrés par le Règlement, qui mentionne ceux qui peuvent porter sur le développement de l'activité économique concernée, mais admet également tout autre effet positif (voir aussi le considérant 21 du Règlement). Les lignes directrices que la Commission devra publier préciseront notamment cet aspect.

II. Pouvoirs de la Commission dans le cadre d'un examen d'office

14 La Commission européenne dispose d'un pouvoir général d'examen d'office, lui permettant d'appréhender, de sa propre initiative, toute information, « quelle qu'en soit la source », concernant de possibles subventions étrangères faussant le marché intérieur (Règl. art. 9, § 1). Les entreprises peuvent donc se saisir de cette possibilité pour pointer à la Commission européenne les aides reçues par leurs concurrents.

La seule limite à ce pouvoir concerne la commande publique, son examen ne pouvant concerner que les marchés ou concessions attribués (et non ceux en cours de passation, lesquels relèvent de la procédure de notification étudiée plus loin), et ne pouvant conduire ni à annuler une décision d'attribution ni à résilier le contrat (Règl. art. 9, § 2).

Examen préliminaire et enquête approfondie

15 Le pouvoir d'examen d'office de la Commission s'exerce en deux **étapes** : un examen préliminaire, qui peut, le cas échéant, déboucher sur une enquête approfondie.

L'**examen préliminaire** s'engage si la Commission dispose d'informations indiquant l'existence possible d'une subvention étrangère faussant le marché intérieur (Règl. art. 10).

Si, à l'issue de cet examen, la Commission dispose de suffisamment d'éléments indiquant qu'une entreprise a bénéficié d'une subvention étrangère faussant le marché intérieur, elle adopte une « décision d'ouvrir l'**enquête approfondie** » et publie au JOUE un avis invitant les tiers à « exprimer des points de vue par écrit » (Règl. art. 10). A défaut, elle clôt l'examen préliminaire. Lorsqu'elle est ouverte, l'enquête approfondie permet à la Commission d'examiner « de plus près » la subvention étrangère en cause. Le délai de présentation des ob-

servations à la suite de l'ouverture d'une enquête approfondie est d'un mois à compter de la date à laquelle l'entreprise faisant l'objet de l'enquête a été informée de la décision ou à compter de la date de publication du résumé de la décision au Journal officiel de l'Union européenne (Règl. 2023/1441 art. 8, § 1).

Des pouvoirs étendus reconnus à la Commission

16 Dans le cadre de l'examen préliminaire ou de l'enquête approfondie, la Commission peut :

- exiger tous les **renseignements nécessaires** (Règl. art. 13), non seulement de l'entreprise objet de l'enquête, mais aussi de toutes autres entreprises ou associations d'entreprises ; ces renseignements peuvent également être demandés auprès des Etats membres, des pays tiers ou encore des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices (Règl. 2023/1441 art 11) ; la Commission peut aussi interroger les personnes physiques ou morales qui l'acceptent au cours d'un entretien dans le respect de l'équité juridique et de la transparence (Règl. 2023/1441 art 9) ;

- procéder aux **inspections nécessaires dans l'Union européenne** (Règl. 2022/2560 art. 14 ; Règl. 2023/1441 art. 10), les agents mandatés à cette fin disposant de pouvoirs importants (contrôle sur place ou sur pièces, demandes d'explications, apposition de scellés, etc.), le cas échéant avec l'assistance des agents de l'Etat membre concerné, voire en dehors de l'Union européenne si le pays tiers concerné ne s'y oppose pas (Règl. 2022/2560 art. 15). Si les entreprises concernées collaborent mal ou refusent de se soumettre aux inspections, la Commission peut notamment infliger des **amendes** ou des **astreintes** (Règl. 2022/2560 art. 17).

La Commission peut également prendre des **mesures provisoires** s'il existe suffisamment d'éléments démontrant l'existence d'une subvention étrangère faussant le marché intérieur et un risque de préjudice substantiel et irréparable pour la concurrence (Règl. 2022/2560 art. 12).

Quelles décisions peut prendre la Commission à l'issue d'une enquête approfondie ?

17 A l'issue d'une enquête approfondie menée dans le cadre d'un examen d'office, et en principe dans les 18 mois suivant l'ouverture de cette enquête :

- si elle constate l'existence d'une subvention étrangère faussant le marché intérieur, la Commission peut imposer des **mesures réparatrices**, ou rendre

contraignants des **engagements** proposés par l'entreprise (Règl. 2022/2560 art. 11, § 2 et 3), selon une procédure précisée par le Règlement d'exécution (Règl. 2023/1441 art. 13 à 16) ; il peut notamment s'agir d'obligations d'information et de transparence, de donner accès à des infrastructures, de réduire des capacités ou une présence sur le marché, d'interdire certains investissements, de céder des actifs ou de rembourser la subvention (Règl. 2022/2560 art. 7) ;

- si elle ne constate pas l'existence d'une telle subvention, ou que la mise en balance révèle des effets positifs supérieurs, la Commission prend une **décision de ne pas émettre d'objection** (Règl. 2022/2560 art. 11, § 4).

III. La notification et le contrôle de la Commission dans le cadre d'une concentration

18 Depuis le 12 octobre 2023, les entreprises sont soumises à une **obligation de notification préalable**, à la Commission européenne, des **opérations de concentration** dépassant certains seuils, réalisées notamment grâce à des contributions financières reçues de pays tiers par les parties à la transaction, afin de permettre à la Commission de vérifier, au niveau de cette concentration, si ces contributions ont pu créer une distorsion de concurrence.

La notification de concentration doit être déposée en ligne via le **formulaire** de notification, présent à l'annexe I du Règlement d'exécution (Règl. 2023/1441 art. 4 et 25).

19 Ce nouveau contrôle « ex ante » se cumule avec l'examen éventuel d'une opération au regard des règles de concurrence par les services de la Commission si les seuils du **règlement 139/2004** sont atteints, ainsi que, le cas échéant, avec celui applicable aux investissements directs étrangers (Règl. 2022/2560 art. 44).

Quelles opérations de concentration doivent être notifiées ?

20 Les opérations notifiables préalablement à leur réalisation sont celles qui atteignent les deux **seuils** suivants (Règl. 2022/2560 art. 20, § 3) :

- au moins une des entreprises parties à la fusion, l'entreprise acquise ou l'entreprise commune est établie dans l'Union européenne et génère un **chiffre d'affaires** total d'au moins 500 millions d'euros dans l'Union européenne ;

- l'entreprise ou les entreprises concernées (le groupe acquéreur et l'entreprise acquise en cas d'acquisition, les groupes d'entreprises parties à la fusion ou les groupes d'entreprises créant une entreprise commune et l'entreprise commune) ont reçu de pays tiers des **contributions financières** totales cumulées de 50 millions d'euros au cours des trois années précédant la conclusion de l'accord. Comme rappelé précédemment (n° 9), la notion de contribution financière est très large et peut recouvrir des aides reçues sous de nombreuses formes, y compris par des entités dont les actes peuvent être attribués à un pays tiers. Le Règlement précise en outre que l'ensemble des contributions reçues par toutes les entités du groupe de l'entreprise concernée doivent être cumulées (Règl. art. 23). L'obligation de notification s'applique aux transactions signées à compter du 12 juillet 2023, dès lors qu'elles ne seraient pas réalisées au 12 octobre 2023 (Q&A de la Commission européenne).

Quelle est la procédure de notification et de contrôle ?

21 La procédure de contrôle – prenant la forme d'un examen préliminaire et, le cas échéant, d'une enquête approfondie, telles qu'exposée n° 15 – est très proche de celle existant en matière de concentrations visées par le règlement 139/2004, que ce soit en termes de définition d'entreprise concernée pour déterminer l'atteinte des seuils (Règl. 2022/2560 art. 20, § 3), de calcul des délais compris en principe entre 25 et 90 jours ouvrables (art. 24) à compter de la notification complète - sauf engagements reçus en phase II d'ouverture d'une enquête approfondie ou suspension des délais -, de type de décision (art. 25), ou de sanctions financières (art. 26 et 17, § 3). Néanmoins, ce régime comporte des **spécificités**.

22 D'abord, pour l'**appréciation du seuil de chiffre d'affaires** réalisé dans l'Union, ce n'est pas le groupe acquéreur et la cible qui sont pris en compte en cas d'acquisition mais « l'entreprise acquise » ; de même, en cas de création d'une filiale commune, seul le chiffre d'affaires de la filiale commune est pris en compte ; enfin, en cas de fusion, il faut qu'au moins l'une des entreprises parties à la fusion atteigne le seuil de chiffre d'affaires.

23 Ensuite, la Commission peut demander la notification préalable d'une opération, notifiable ou même non notifiable au regard des critères de l'article 20 du Règlement (en particulier au regard des seuils précités), si elle soupçonne que des **subventions étrangères** ont pu être octroyées aux entreprises concernées au cours des trois années précédant l'opération (Règl. 2022/2560 art. 21, § 5).

24 Enfin, les **engagements** que peuvent proposer les entreprises ne sont prévus qu'en phase II, dans les 65 jours de la date de début de cette phase (Règl. 2023/1441 art. 13).

25 Les informations à fournir et les modalités de la notification sont précisées dans les chapitres II et III du Règlement d'exécution.

Quel est le test d'analyse de la Commission ?

26 Le test est évidemment différent du test concurrentiel. Pour toutes les contributions financières qui confèrent un avantage sélectif à une entreprise, la Commission doit rechercher l'existence d'une distorsion dans le marché intérieur, selon la méthode présentée ci-dessus (n°s 11 et 12), étant précisé que, dans le cadre de ce contrôle spécifique, son évaluation doit se limiter à la concentration concernée (Règl. 2022/2560 art. 19). Elle doit mettre ensuite en balance les effets négatifs d'une subvention étrangère, en termes de distorsion dans le marché intérieur, et les effets positifs.

IV. Cas particulier des marchés publics et des concessions

27 Considérant le risque particulier de distorsion de concurrence que peuvent faire peser les subventions étrangères dans le cadre des procédures de passation des contrats de la commande publique, notamment parce qu'elles peuvent permettre à une entreprise de proposer une offre indûment avantageuse, le Règlement instaure une **procédure de contrôle spécifique**, reposant sur une notification ou déclaration préalable des contributions financières reçues de pays tiers (Règl. 2022/2560 art. 27 s.).

28 Cette notification, ou simple déclaration préalable au-dessous de certains seuils, est réalisée par les candidats à l'aide du **formulaire** figurant à l'annexe II du Règlement d'exécution, qui précise, le cas échéant, la teneur des informations à fournir.

Quelles sont les procédures de passation concernées ?

29 Ce contrôle « ex ante » s'applique à toutes les procédures de passation de marchés publics relevant des secteurs classiques (Dir. 2014/24/UE du 26-2-2014 sur la passation des marchés publics) et des secteurs spéciaux (Dir. 2014/25/UE du 26-2-2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux), ainsi qu'aux procédures de passation des contrats de concession (Dir. 2014/23/UE du 26-2-2014 sur l'attribution de contrats de concession), à **l'exception** :

- de l'attribution de marchés sans publicité ni mise en concurrence préalable pour un motif d'urgence impérieuse ; il existe sur ce point une difficulté d'articulation avec le droit français qui, sans que la directive relative aux contrats de concession ne l'ait prévu, admet l'attribution de gré à gré de concessions pour ce même motif (Code de la commande publique art. L 3121-2 et R 3122-1), attribution qui pourrait par conséquent relever, en principe, de la procédure de notification préalable prévue par le Règlement ;
- de l'attribution des marchés de défense ou de sécurité relevant de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009.

Il s'applique aux **accords-cadres**, mais pas à leurs marchés subséquents (Règl. 2022/2560 considérant 42).

L'attribution de contrats à un opérateur économique déterminé pour des **raisons artistiques, techniques** ou de **droits d'exclusivité** est quant à elle soumise à une obligation ad hoc d'information de la Commission de toutes les contributions financières reçues (Règl. 2022/2560 art. 28, § 5).

30 Le contrôle ne s'applique toutefois qu'aux procédures de passation pour lesquelles la **valeur estimée du marché ou de la concession** est égale ou supérieure à 250 millions d'euros HT. En cas d'allotissement, il faut en outre que le ou les lots auxquels soumissionne l'entreprise concernée excèdent 125 millions d'euros.

La Commission peut néanmoins, en cas de **soupçons de subventions étrangères**,

*“ La notion
de contribution
financière
est très large ”*

demander la notification, par l'opérateur économique concerné, dans le cadre de toute procédure de passation, des contributions financières étrangères qu'il a reçues (Règl. 2022/2560 art. 29, § 8).

Notification ou simple déclaration des contributions financières étrangères ?

31 L'obligation de notification concerne tout candidat (ou tout groupement candidat) aux procédures précitées, lorsqu'il a reçu, au cours des trois dernières années, plus de 4 millions d'euros de contributions financières (au sens vu n° 9) par des pays tiers (Règl. 2022/2560 art. 28, § 1).

Pour **apprécier ce seuil**, il convient de prendre en compte non seulement les filiales dépourvues d'autonomie commerciale et les sociétés mères du candidat, mais aussi ses principaux fournisseurs et sous-traitants dans le cadre de la procédure, c'est-à-dire ceux dont la participation porte sur des « éléments clés de l'exécution du marché ou de la concession » (considérant 54) et, en tout état de cause, ceux dont la part économique de la contribution est supérieure à 20 % de l'offre soumise (art. 29, § 5).

La notification porte ainsi sur toutes les **contributions financières** étrangères reçues, au cours des trois dernières années, par le candidat (ou le groupement candidat) et les tiers précités – les principaux sous-traitants et fournisseurs étant expressément soumis à cette obligation de notification, que le candidat transmet en leur nom (art. 29, § 1 et 29, § 6). Le Règlement d'exécution tente toutefois d'alléger la rigueur de l'obligation en limitant les informations demandées s'agissant des contributions financières inférieures à un million d'euros.

32 Au-dessous du seuil précité de 4 millions d'euros, les candidats doivent uniquement énumérer dans une **déclaration** toutes les contributions financières étrangères reçues, définies de la même manière (art. 29, § 1).

Ici encore, le Règlement d'exécution limite les informations demandées pour les contributions financières inférieures à un million d'euros et dispense de mentionner celles n'atteignant par le seuil de minimis.

Quand et comment sont-elles soumises à l'acheteur ?

33 Le moment de la notification ou de la déclaration dépend de la forme de la procédure :

- dans une procédure ouverte, elle n'est soumise qu'une seule fois, en même temps que l'offre ;

- dans une procédure en plusieurs étapes (appel d'offres ouvert, procédure négociée, dialogue compétitif, etc.), une première notification ou déclaration est fournie avec la demande de participation, puis une notification ou déclaration actualisée est fournie avec l'offre (voire l'offre finale s'il y en a plusieurs) ; il faut ici relever que le Règlement assimile la procédure négociée sans publicité préalable à ce type de procédures. La notification ou la déclaration est faite à l'acheteur, qui la transmet ensuite à la Commission.

34 Le Règlement d'exécution précise les modalités de dépôt et prévoit notamment des formulaires de notification et de déclaration. Il prévoit en outre la possibilité d'une **pré-notification** (« contacts préalables à la notification ») permettant de préciser en amont le contenu d'une notification, voire d'être dispensé de communiquer certaines informations (Règl. 2023/1441 point 6 de l'introduction de l'Annexe II).

35 Le respect de ces formalités est important, car en l'absence de notification ou déclaration malgré une demande de l'acheteur, ou en cas d'incomplétude d'une notification malgré une demande de la Commission, l'**offre** est déclarée **irrégulière** et rejetée (Règl. art. 29, § 3 et 4). Des amendes peuvent en outre être prononcées par la Commission (art. 33).

Comment se déroule le contrôle de la Commission sur les contributions financières notifiées ?

36 Les contrôles de la Commission à la suite d'une notification correspondent à l'**examen préliminaire** et, le cas échéant, à l'**enquête approfondie** exposés n° 15. Leurs modalités sont toutefois adaptées à ce contexte particulier, notamment en termes de délais.

Le contrôle de la Commission n'affecte pas le déroulement de la procédure de passation, qui peut se poursuivre, à l'exception de l'attribution du contrat à un opérateur économique ayant notifié des contributions financières étrangères, qui se trouve suspendue jusqu'à l'adoption d'une décision par la Commission ou l'expiration des délais précités.

37 L'analyse que mène la **Commission** (n°s 11 et 12) est également adaptée, le Règlement précisant que, dans le contexte

d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique, les subventions étrangères faussant le marché intérieur sont « les subventions étrangères qui permettent à un opérateur de soumettre une offre indûment avantageuse pour les travaux, les fournitures ou les services concernés » et que l'analyse de l'existence d'une distorsion doit être limitée à la procédure de passation en cause.

38 Enfin, les **décisions** que peut prendre la **Commission** à l'issue d'une enquête approfondie diffèrent de celles prévues dans le cadre d'un examen d'office. Si elle peut prendre une décision assortie d'engagements, ou une décision de ne pas émettre d'objection, il n'est pas prévu qu'elle puisse prendre de décision IV ordonnant des mesures réparatrices.

Elle peut en revanche adopter, lorsqu'elle constate l'existence d'une subvention étrangère faussant le marché intérieur et en l'absence de propositions d'engagements suffisants de la part de l'opérateur économique, une **décision interdisant l'attribution du contrat**, qui impose à l'acheteur de rejeter l'offre de l'opérateur.

V. Conclusion

39 Le Règlement est d'une très grande importance pour les opérateurs économiques européens.

Il leur profite, car il permet désormais de disposer d'un instrument juridique pour se défendre contre des opérateurs bénéficiant de subventions étrangères faussant la concurrence, ce qui est nouveau.

Il les oblige également, car cela signifie qu'il faut désormais, avant l'achat de toute entité, mener des opérations d'audit couvrant les contributions financières reçues par la cible (mais aussi par l'acquéreur) ou par les entreprises concernées pour éviter de découvrir après l'opération que l'opération risque d'être annulée.

Il en va de même en cas de réponse à un marché public ou, ce qui sera sans doute plus courant, à une concession dépassant le seuil de 250 millions d'euros, pour lesquels les candidats devront recenser les contributions financières qu'ils ont reçues, ainsi que celles de leurs principaux sous-contractants, à peine notamment d'irrecevabilité de leurs offres.