



Bruxelles, le 17.6.2020
COM(2020) 253 final

LIVRE BLANC

**relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui
concerne les subventions étrangères**

LIVRE BLANC

relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères

Table des matières

1	Introduction.....	5
2	Définition du problème.....	7
2.1	Les subventions étrangères risquent d'entraîner des distorsions dans le marché intérieur de l'UE	7
2.2	Description des situations dans lesquelles interviennent des subventions étrangères.....	10
3	Analyse des lacunes.....	11
3.1	Les règles de concurrence de l'UE.....	11
3.2	Politique commerciale de l'UE.....	12
3.3	Passation des marchés publics.....	12
3.4	Financement de l'UE.....	15
4	Cadre permettant de s'attaquer aux distorsions générées par les subventions étrangères dans le marché intérieur, en règle générale et dans les cas particuliers des acquisitions et des marchés publics.....	15
4.1	Instrument général permettant d'identifier les subventions étrangères (module 1).....	16
4.1.1	Caractéristiques de base.....	16
4.1.2	Champ d'application du module 1.....	17
4.1.3	Appréciation des distorsions dans le marché intérieur.....	18
4.1.4	Critère d'examen de l'intérêt de l'Union.....	20
4.1.5	Procédure.....	21
4.1.6	Mesures réparatrices.....	22
4.1.7	Autorités de surveillance.....	24
4.2	Subventions étrangères facilitant l'acquisition de cibles de l'UE (Module 2).....	26

4.2.1	Caractéristiques de base.....	26
4.2.2	Champ d'application du module 2.....	27
4.2.3	Examen des distorsions liées à des acquisitions subventionnées	30
4.2.4	Critère d'examen de l'intérêt de l'Union.....	31
4.2.5	Procédure	31
4.2.6	Mesures réparatrices	33
4.2.7	Autorités de surveillance	34
4.3	Subventions étrangères dans les marchés publics (module 3).....	34
4.3.1	Introduction.....	34
4.3.2	Distorsions provoquées par des subventions étrangères dans le cadre des procédures de passation des marchés publics.....	35
4.3.3	Procédure	36
4.3.4	Subventions étrangères dans le cadre d'une passation de marché effectuée conformément à des accords intergouvernementaux.....	40
5	Subventions étrangères dans le cadre du financement de l'UE.....	40
5.1	Définition du problème.....	40
5.2	Cadre et mesures destinées à combler l'écart.....	42
5.2.1	Gestion directe	42
5.2.2	Gestion partagée	44
5.2.3	Gestion indirecte.....	45
6	Interaction avec d'autres instruments européens et internationaux.....	46
6.1	Règlement de l'UE sur les concentrations.....	46
6.2	Règles de l'UE en matière d'ententes et d'abus de position dominante.....	46
6.3	Règles de l'UE en matière d'aides d'état	47
6.4	Règles en matière de passation des marchés publics.....	47
6.5	L'accord de l'OMC relatif aux subventions et aux mesures compensatoires.....	47
6.6	Instruments de défense commerciale – protection contre les importations subventionnées.....	48
6.7	Règlement sur le filtrage des IDE.....	48
6.8	Accords commerciaux bilatéraux	49

6.9	L'accord sur les marchés publics et le volet «marchés publics» des accords de libre-échange (ALE)	50
6.10	Règles sectorielles: préserver la concurrence dans les transports aériens et maritimes	51
7	Consultation publique	51
	ANNEXE I: DÉFINITION DE LA NOTION DE «SUBVENTION ÉTRANGÈRE»	53
	ANNEXE II: QUESTIONNAIRE	55

1 INTRODUCTION

L'ouverture au commerce et aux investissements est le fondement de la prospérité et de la compétitivité de l'Europe. Le commerce représente près de 35 % du PIB de l'UE. 35 millions d'emplois européens sont liés aux exportations. L'UE est le principal fournisseur mondial et la principale destination des investissements directs étrangers¹, et 16 millions d'emplois européens y sont liés.

Un marché unique solide, ouvert et concurrentiel permet aux entreprises de l'UE de fonctionner et d'affronter la concurrence au niveau mondial. Le 10 mars 2020, la Commission européenne a présenté une nouvelle stratégie industrielle pour l'Europe, qui traçait clairement la voie à suivre par l'Europe pour permettre à notre industrie de conduire la transition écologique et la transition numérique en s'appuyant sur la concurrence, l'ouverture des marchés, une recherche et des technologies de pointe au niveau mondial et un marché unique solide.

Pour tirer pleinement parti du commerce mondial, l'Europe poursuivra un modèle d'autonomie stratégique ouverte. Cela suppose d'élaborer le nouveau système de gouvernance économique mondiale et d'établir des relations bilatérales mutuellement bénéfiques, tout en nous protégeant des pratiques déloyales et abusives.

L'ouverture au commerce et aux investissements contribue à la résilience de l'économie, mais doit aller de pair avec l'équité et avec la prévisibilité des règles. La situation économique mondiale actuelle est la plus difficile de l'histoire récente. L'ouverture commerciale fondée sur l'égalité des conditions de concurrence est remise en cause, de même que l'objectif consistant à tenter d'établir des relations commerciales mutuellement bénéfiques. En témoignent les pratiques commerciales déloyales soutenues par les pouvoirs publics, qui ne tiennent pas compte des forces du marché et violent les règles internationales en vigueur, en vue d'asseoir une domination dans différents secteurs d'activité économique. Ces pratiques déloyales englobent généralement la protection des industries contre la concurrence au moyen d'une ouverture sélective des marchés, de l'octroi de licences et d'autres restrictions à l'investissement, ainsi que l'octroi de subventions qui nuisent à l'égalité des conditions de concurrence à des entreprises tant publiques que privées. Les effets de distorsion économiques de ces pratiques sont significatifs dans tous les secteurs qui en subissent les conséquences, qu'ils soient stratégiques ou non.

Du fait des interdépendances qui caractérisent aujourd'hui l'économie mondiale, les subventions étrangères peuvent toutefois fausser le marché intérieur de l'UE et mettre à mal l'égalité des conditions de concurrence. Dans un nombre croissant de cas, les subventions étrangères octroyées semblent avoir facilité l'acquisition d'entreprises de l'UE, influencé d'autres décisions d'investissement ou faussé le comportement sur le marché de leurs bénéficiaires. Au sein de l'UE, le marché unique et son corpus réglementaire garantissent

¹ Les stocks d'investissement direct étranger détenus dans le reste du monde par des investisseurs résidant dans l'UE s'élevaient à 8 750 milliards d'EUR à la fin de 2018.

Dans le même temps, les stocks d'investissement direct étranger détenus par des investisseurs de pays tiers dans l'UE s'élevaient à 7 197 milliards d'EUR à la fin de 2018.

<https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>

l'égalité des conditions de concurrence pour tous les États membres, les opérateurs économiques et les consommateurs, de sorte que ceux-ci puissent bénéficier de la taille de l'économie de l'UE et des perspectives commerciales qu'elle offre.

Le corpus réglementaire relatif au marché unique de l'UE comprend aussi des règles relatives à la passation des marchés publics afin de garantir que les entreprises bénéficient d'un accès équitable aux marchés publics et que les pouvoirs adjudicateurs bénéficient d'une concurrence loyale.

Les règles de concurrence font partie du marché intérieur de l'UE depuis le début. Plus particulièrement, les règles de l'UE en matière d'aides d'État garantissent que les subventions octroyées par les pouvoirs publics sont compatibles avec le marché intérieur. Nombre de subventions étrangères poseraient problème si elles étaient octroyées par des États membres de l'UE et appréciées au regard des règles de l'UE en matière d'aides d'État. Or, les règles de l'UE en matière d'aides d'État ne s'appliquent qu'au soutien public accordé par les États membres de l'UE. Par contre, les subventions octroyées par des autorités de pays tiers ne relèvent pas du contrôle des aides d'État de l'UE.

L'ouverture limitée du marché intérieur des pays tiers est en outre de nature à encore accroître les distorsions sur le marché. Lorsqu'un bénéficiaire fait face à une concurrence inexistante ou limitée sur son marché intérieur, il lui est possible de tirer parti de sa position privilégiée sur d'autres marchés par un effet de levier et de jouir ainsi d'un avantage indu sur d'autres. Les subventions étrangères provenant d'États dans lesquels l'accès aux marchés est fermé ou restreint peuvent être encore plus susceptibles d'entraîner des distorsions.

Dans le contexte actuel de la crise liée à la COVID-19, les États membres de l'UE octroient des montants importants d'aides d'État pour soutenir des entreprises individuelles et l'économie de l'UE dans son ensemble. Dans une telle situation, les aides d'État sont un moyen indispensable dont disposent les pouvoirs publics pour stabiliser l'économie et accélérer la recherche sur le coronavirus. Dans le même temps, le soutien public continue d'être soumis au contrôle des aides d'État de l'UE, même dans la situation actuelle, afin de garantir par exemple sa proportionnalité et de réduire autant que possible les distorsions de concurrence qu'il est susceptible d'entraîner. En outre, l'encadrement actuel prévu pour l'appréciation de ce soutien est temporaire et son champ d'application ne couvre que les mesures de crise. La situation actuelle montre l'importance de préserver l'égalité des conditions de concurrence au sein du marché intérieur, même dans des circonstances économiques exceptionnelles.

Le présent livre blanc vise à lancer une vaste discussion avec les États membres, les autres institutions européennes, toutes les parties prenantes, y compris l'industrie, les partenaires sociaux, les organisations de la société civile, les chercheurs, le grand public et toute autre partie intéressée sur la meilleure façon de remédier efficacement aux problèmes recensés. Les résultats de la consultation sur le livre blanc prépareront le terrain en vue de choisir la façon la plus appropriée de remédier aux distorsions créées par les subventions étrangères, y compris les instruments juridiques qu'il convient de proposer.

Le livre blanc expose tout d'abord les motifs pour lesquels il convient de s'attaquer aux subventions étrangères, notamment en donnant des exemples types de subventions étrangères qui portent de toute évidence préjudice à l'égalité des conditions de concurrence dans le

marché intérieur. Il présente ensuite une analyse des instruments juridiques existants qui permettent de prendre des mesures contre les subventions étrangères et aborde la question du vide réglementaire qui existe dans ce domaine. Ensuite, en abordant les questions de fond et de procédures, il formule des orientations préliminaires sur les instruments juridiques envisageables pour combler le vide réglementaire en ce qui concerne:

- les subventions étrangères qui entraînent des distorsions dans le marché intérieur de l'UE en matière:
 - de fonctionnement général sur le marché des opérateurs économiques actifs dans l'UE;
 - d'acquisition d'entreprises de l'UE;
 - de procédures de passation des marchés publics;
- les subventions étrangères dans le cadre de l'accès aux financements de l'UE.

2 DÉFINITION DU PROBLÈME

2.1 Les subventions étrangères risquent d'entraîner des distorsions dans le marché intérieur de l'UE

Les règles de l'UE en matière d'aides d'État contribuent à préserver l'égalité des conditions de concurrence entre les entreprises dans le marché intérieur pour ce qui est des subventions octroyées par les États membres de l'UE. Toutefois, il n'existe aucune règle de ce type pour les subventions octroyées par les autorités de pays tiers à des entreprises actives dans le marché intérieur. Le cas se présente notamment lorsque les entreprises bénéficiaires sont détenues ou contrôlées en dernier ressort par une entreprise d'un pays tiers ou par un gouvernement étranger.

Les informations sur le montant réel des subventions étrangères octroyées sont limitées. Cela est dû principalement à un manque de transparence et à un faible respect² de l'obligation de notifier les subventions conformément à l'accord relatif aux subventions et aux mesures compensatoires (l'accord SMC³). Certains rapports de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) indiquent toutefois que les interventions des pouvoirs publics semblent répandues dans certains secteurs⁴.

² Une récente note d'information du secrétariat de l'OMC (G/SCM/W/546/Rev.10) indique qu'entre 1995 et 2017, le nombre de membres ayant manqué à leur obligation de notification a considérablement augmenté. En avril 2019, 77 membres de l'OMC n'avaient pas encore soumis leurs notifications de subventions pour 2017, et 62 membres n'ont toujours pas soumis leurs notifications de subventions pour 2015. Voir également: https://www.wto.org/french/news_f/news19_f/scm_30apr19_f.htm

³ Accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires du 15 avril 1994, accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe 1A, 1869 U.N.T.S. 14. [Not reproduced in I.L.M.].

⁴ L'OCDE a estimé que dans le secteur de l'aluminium, le soutien public total aux entreprises examinées atteignait entre 20 et 70 milliards d'USD sur la période 2013-2017 (selon la manière dont ce soutien financier est estimé). Voir <https://www.oecd-ilibrary.org/fr/trade/measuring-distortions-in-international-markets-the>

L'économie de l'UE est ouverte aux investissements étrangers. C'est ce qu'indiquent les données économiques récentes. En 2016, 3 % des entreprises européennes étaient détenues ou contrôlées par des investisseurs de pays tiers représentant 35 % des actifs totaux et environ 16 millions d'emplois⁵. Dernièrement, les investissements de pays tiers autres que les investisseurs traditionnels comme les États-Unis et le Canada ont également augmenté. Les investissements effectués par des entreprises publiques ont augmenté rapidement ces dernières années, de même que la présence d'«investisseurs offshore».

Le niveau des investissements directs étrangers (IDE) dans l'UE, leur composition et les principaux États membres qui les accueillent ne sont pas constants et évoluent sans cesse. L'ampleur des effets de la pandémie de COVID-19 sur le niveau des IDE qui entrent dans l'UE et sur leur origine reste à déterminer.

Une plus grande ouverture aux investissements étrangers est synonyme de perspectives pour l'économie de l'UE, mais aussi de risques accrus, sous la forme de subventions étrangères, par exemple, qui doivent être contrôlées si l'on veut éviter qu'elles portent préjudice à la compétitivité et à l'égalité des conditions de concurrence dans le marché de l'UE. Les craintes que suscitent les subventions peuvent également être exacerbées quand les entreprises publiques ne sont pas soumises aux mêmes règles que les entreprises privées, et quand les relations financières entre l'État et ses entreprises ne sont pas transparentes. Le traité ne fait pas de différence entre les entreprises publiques et les entreprises privées. Tant les premières que les secondes sont soumises aux règles de concurrence. De plus, en vertu de la directive sur la transparence⁶, les États membres sont tenus de faire preuve de transparence en ce qui concerne leurs relations financières avec leurs entreprises publiques et de se conformer aux exigences de transparence prévues par les règles de l'UE en matière d'aides d'État⁷.

Comme les aides d'État octroyées par les États membres de l'UE, les subventions étrangères peuvent fausser la concurrence dans le marché intérieur et entraîner une inégalité des conditions de concurrence se manifestant par l'essor d'opérateurs moins efficaces qui augmentent leur part de marché aux dépens d'opérateurs plus efficaces. De même, les subventions étrangères peuvent également donner lieu à une émulation coûteuse et souvent peu économique et conduire à une course aux subventions entre les pouvoirs publics. En outre, le manque de transparence et l'absence de réciprocité dans l'accès aux marchés de pays tiers sont des facteurs supplémentaires qui tendent à renforcer ces effets néfastes.

[aluminium-value-chain_c82911ab-en](#). En outre, l'OCDE a estimé que, pour un échantillon de 21 grandes entreprises de semi-conducteurs, le soutien public total dépassait 50 milliards d'USD sur la période 2014-2018:

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/TC\(2019\)9/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/TC(2019)9/FINAL&docLanguage=En)

⁵ Sur la base d'un échantillon et comme décrit à la page suivante:

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/march/tradoc_157724.pdf.

⁶ Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JO L 318 du 17.11.2006, p. 17).

⁷ Le besoin de transparence a été un des principes essentiels du programme de réforme des aides d'État décrit dans la communication sur la modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État:

https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/index_en.html

Outre les craintes générales que suscitent les subventions étrangères octroyées aux entreprises dans l'UE, une crainte spécifique a trait aux subventions étrangères dans les contextes de l'acquisition de cibles dans l'UE, d'une part, et de la passation des marchés publics, d'autre part.

En ce qui concerne les acquisitions, le prix que les acquéreurs sont prêts à payer tient généralement compte des gains d'efficacité ou de l'augmentation des revenus qu'ils peuvent obtenir en acquérant l'actif. La subvention peut toutefois permettre à l'acquéreur subventionné de payer un prix plus élevé pour acquérir l'actif que celui qu'il aurait payé en l'absence de subvention, ce qui peut fausser la valorisation des actifs de l'UE. Les subventions étrangères peuvent donc conduire à des prix d'achat excessifs (surenchère) tout en empêchant les acquéreurs non subventionnés de réaliser des gains d'efficacité ou d'accéder à des technologies essentielles.

Les subventions étrangères peuvent dès lors conduire à une répartition globale inefficace des ressources et, plus particulièrement, à une perte de compétitivité et de potentiel d'innovation pour les entreprises qui ne reçoivent pas de telles subventions. Dans certains cas, l'octroi de subventions étrangères peut également être mû par un objectif stratégique visant à établir une présence forte dans l'UE ou à promouvoir une acquisition et, ultérieurement, à transférer les technologies vers d'autres sites de production, potentiellement situés en dehors de l'UE. Il est donc particulièrement nécessaire d'assurer l'égalité des conditions de concurrence pour les acquisitions de cibles de l'UE. Il est ainsi possible de garantir que toutes les entreprises affrontent la concurrence à armes égales lorsqu'il s'agit d'acquérir des actifs essentiels et de rester à l'avant-garde technologique, tout en préservant les avantages qu'offrent la concurrence internationale et les investissements directs étrangers entrants.

Les marchés publics de l'UE sont largement ouverts aux soumissionnaires des pays tiers. La publication des appels d'offres à l'échelle de l'UE garantit leur transparence et ouvre des débouchés commerciaux pour les entreprises de l'UE comme pour celles des pays tiers. Toutefois, les entreprises de l'UE ne sont pas toujours sur un pied d'égalité avec les entreprises qui bénéficient de subventions étrangères lorsqu'il s'agit de leur faire concurrence. Les entreprises subventionnées peuvent être en mesure de soumettre des offres plus avantageuses, et ainsi décourager dès le départ les entreprises non subventionnées de participer, ou remporter les marchés au détriment d'entreprises non subventionnées plus efficaces⁸. Il est donc important de veiller à ce que les bénéficiaires de subventions étrangères qui soumissionnent pour des marchés publics dans l'UE affrontent la concurrence à armes égales.

De nombreux acheteurs publics, attentifs à leur budget, ont un intérêt à attribuer les marchés à des soumissionnaires proposant des prix bas, que ces prix bénéficient ou non de subventions étrangères. Cela peut être le cas non seulement pour les marchés attribués sur la base du prix, mais aussi pour les marchés attribués sur la base du meilleur rapport prix-qualité, étant donné que le critère de la qualité ne compense que rarement les différences de prix importantes comme celles que permettent les subventions étrangères.

⁸ Le manque important d'informations disponibles dans les dossiers TED (Tender Electronic Daily) rend difficile la collecte de données fiables et pertinentes en ce qui concerne les marchés publics.

Le même effet de distorsion peut se produire lorsque des entreprises bénéficiant de subventions étrangères cherchent à accéder à un financement sur le budget de l'UE.

2.2 Description des situations dans lesquelles interviennent des subventions étrangères

Les objectifs que poursuivent les autorités de pays tiers qui octroient des subventions étrangères peuvent être divers et ne revêtent pas nécessairement une nature entièrement économique, et les subventions peuvent être octroyées aux entreprises dans l'UE de plusieurs façons. Quelques exemples sont fournis ci-dessous.

Premièrement, les entreprises peuvent recevoir des subventions destinées à promouvoir leurs activités existantes dans l'UE. Des États étrangers peuvent octroyer des subventions ou fournir un financement moins coûteux à une entreprise dans l'UE (par exemple, une filiale située dans l'UE). Des États étrangers peuvent également octroyer une subvention à une société mère située en dehors de l'UE (par exemple, au moyen de régimes d'imposition des sociétés accordant des incitations sélectives), qui finance à son tour la filiale située dans l'UE par l'intermédiaire de transactions intragroupe. Une entreprise dans l'UE peut également recevoir un financement à des conditions préférentielles de banques étrangères, sur instruction directe d'États étrangers. En outre, il arrive que des pays tiers aient des accords de coopération avec des autorités locales de l'UE ou des banques de développement de l'UE, et acheminent des subventions étrangères par l'intermédiaire de ces autorités ou banques vers des entreprises dans l'UE⁹.

Dans certains cas, des subventions étrangères sont octroyées dans l'objectif explicite de permettre à des entreprises de soumissionner dans le cadre de marchés publics, à des prix qui sont inférieurs au prix du marché, voire au prix de revient, ce qui leur permet de «sous-enchérir» directement au détriment des entreprises concurrentes non subventionnées. Les subventions peuvent aussi, en général, favoriser un comportement agressif sur le marché. Un tel comportement, non guidé par des considérations commerciales normales, peut être dicté par des objectifs stratégiques et viser à permettre une implantation dans des marchés ou régions stratégiquement importants ou d'obtenir un accès privilégié à des infrastructures critiques et majeures, y compris celles régies par les dispositions de la directive 2014/25/UE.

Enfin, les subventions étrangères peuvent également faciliter les acquisitions pour aider des entreprises de pays tiers à se développer dans l'UE. Les autorités de pays tiers peuvent chercher à orienter les acquisitions en offrant un financement préférentiel, des garanties sur des prêts et d'autres moyens de réduire les coûts du capital. De telles mesures peuvent directement viser à soutenir les investissements sortants des entreprises au moyen de réductions d'impôt prévues à cet effet (réductions de l'impôt sur le revenu) ou de financements par des fonds d'investissement ou des intermédiaires soutenus par les pouvoirs publics¹⁰. Ces différents avantages possibles peuvent tous avoir une incidence significative sur les primes offertes pour les acquisitions. Un grand nombre d'investissements directs

⁹ Certains accords de financement ou de coopération peuvent être signés avec des banques de développement de l'UE, qui peuvent ensuite être associées à la mise en œuvre de l'octroi de financements à des entreprises dans l'UE.

¹⁰ Voir, par exemple, le fonds Sino-CEEF (10 milliards d'EUR), un fonds d'investissement créé spécialement en vue d'investissements dans l'UE.

étrangers sont effectués par l'intermédiaire de centres financiers offshore qui peuvent offrir des conditions fiscales particulières. On relève que 10,9 %¹¹ des investisseurs étrangers contrôlant des entreprises de l'UE sont établis dans de tels centres financiers offshore.

3 ANALYSE DES LACUNES

Certains instruments de l'UE et internationaux devraient être pris en compte au moment d'examiner comment lutter contre les distorsions causées par les subventions étrangères dans le marché intérieur. Si ces règles internationales et de l'UE existantes permettent de remédier dans une certaine mesure à ces distorsions, l'analyse des lacunes qui suit démontre qu'aucun des instruments existants ne s'est jusqu'à présent intéressé au problème dans toute son ampleur. En particulier, lorsque les subventions étrangères prennent la forme de flux financiers facilitant l'acquisition d'entreprises de l'UE ou lorsqu'elles soutiennent l'activité d'une entreprise dans l'UE, il semble y avoir un vide réglementaire. Il en va de même lorsque les subventions étrangères faussent les procédures de passation de marchés publics ou procurent un avantage en matière d'accès au soutien financier de l'UE. C'est pourquoi le présent livre blanc présente les caractéristiques que pourraient avoir de nouveaux instruments visant à combler le vide réglementaire existant et à garantir l'égalité des conditions de concurrence dans le marché intérieur.

Dans le même temps, des chevauchements peuvent exister entre ces nouveaux instruments et les règles existantes. La section 6 explique ces chevauchements plus en détail et indique comment ces nouveaux instruments interagiraient avec les règles en vigueur au niveau international et de l'UE.

3.1 Les règles de concurrence de l'UE

Les règles de l'UE en matière de concentrations et de pratiques anticoncurrentielles permettent à la Commission d'intervenir lorsque des concentrations ou des pratiques d'entreprises sur le marché faussent la concurrence dans le marché intérieur. Ni les règles sur les pratiques anticoncurrentielles de l'UE, ni le contrôle des concentrations de l'UE ne tiennent compte spécifiquement du fait qu'un opérateur économique puisse avoir bénéficié ou non de subventions étrangères (même si, en principe, cela pourrait faire partie de l'appréciation) ni ne permettent à la Commission (ou aux États membres) d'intervenir et de prendre des décisions uniquement, voire principalement, sur cette base.

Les règles de l'UE en matière d'aides d'État s'appliquent lorsque le soutien financier octroyé par des États membres de l'UE à des entreprises fausse ou menace de fausser la concurrence dans le marché intérieur. Toutefois, le soutien financier octroyé par des autorités de pays tiers à des entreprises dans l'UE, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de leurs sociétés mères établies en dehors de l'UE, n'est pas couvert par les règles de l'UE en matière d'aides d'État¹².

¹¹ Source: base de données CCR-CE sur la propriété étrangère:

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/march/tradoc_157724.pdf.

¹² Un nouvel instrument sur les subventions étrangères n'aurait pas d'incidence sur les règles actuelles en matière de pratiques anticoncurrentielles et de concentrations. En cas de procédures parallèles au titre du règlement sur le filtrage des IDE, des règles en matière de concentrations et/ou de tout nouvel instrument juridique, ces

3.2 Politique commerciale de l'UE

Dans le domaine de la politique commerciale, l'UE dispose de quelques instruments pour rétablir l'égalité des conditions de concurrence pour le commerce de marchandises et les investissements: au niveau multilatéral, l'accord SMC de l'OMC; au niveau bilatéral, des accords de libre-échange; et des mesures unilatérales telles que les instruments de défense commerciale. Ces instruments permettent à l'UE de réagir à la concurrence déloyale lorsque des produits ont été fabriqués avec le soutien de financements provenant de pays tiers (antisubventions)¹³. Les mesures visant à lutter contre les pratiques déloyales prennent généralement la forme d'un droit à l'importation supplémentaire compensant les subventions reçues par les concurrents extérieurs afin d'éliminer le préjudice.

Ces instruments ont toutefois leurs limites et ne permettent pas de contrer les effets de toutes les subventions étrangères qui affectent le marché intérieur. Les règles de l'UE en matière de droits antidumping et antisubventions s'appliquent à l'importation de marchandises dans l'UE. Elles ne couvrent toutefois pas le commerce des services, les investissements ou les autres flux financiers relatifs à l'établissement et au fonctionnement d'entreprises dans l'UE.

Le règlement établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'UE (ci-après le «règlement sur le filtrage des IDE»)¹⁴ constitue un outil important pour lutter contre les risques que font peser sur la sécurité ou l'ordre public les investissements étrangers qui ciblent les actifs critiques de l'UE ou des États membres. Toutefois, le règlement sur le filtrage des IDE vise à déterminer l'incidence probable des investissements directs étrangers sur la sécurité et l'ordre public en tenant compte de leurs effets, entre autres sur les infrastructures critiques, sur les technologies critiques et sur les intrants essentiels, et ne remédie pas spécifiquement au problème des distorsions induites par des subventions étrangères.

Au niveau international, l'UE peut former un recours contre un membre de l'OMC en cas de violation de l'accord SMC, en particulier lorsque ce membre octroie des subventions interdites par cet accord ou des subventions qui portent atteinte à ses intérêts, et un groupe spécial de l'OMC statuera sur la question. Toutefois, le champ d'application de l'accord SMC est également limité au commerce de marchandises. L'AGCS de l'OMC contient un mandat intégré pour l'élaboration de règles relatives aux subventions dans le domaine du commerce des services, mais jusqu'à présent, aucune règle de ce type n'a été élaborée.

3.3 Passation des marchés publics

Le cadre juridique existant de l'UE dans le domaine de la passation des marchés publics n'aborde pas spécifiquement les distorsions des marchés publics de l'UE induites par les

instruments prévoient un mécanisme permettant de remédier à tout chevauchement et à garantir l'efficacité des procédures.

¹³ Règlement (UE) 2016/1036 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de l'Union européenne (JO L 176 du 30.6.2016, p. 21). Règlement (UE) 2016/1037 du Parlement européen et du Conseil relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de l'Union européenne (JO L 176 du 30.6.2016, p. 55).

¹⁴ Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union (JO L 79 I du 21.3.2019, p. 1).

subventions étrangères. En tant qu'instruments du marché unique, les directives de l'UE sur la passation des marchés publics ne fixent aucune règle spécifique en ce qui concerne la participation d'opérateurs économiques bénéficiant de subventions étrangères. Les pouvoirs adjudicateurs jouissent d'une grande marge de manœuvre à la fois pour concevoir une procédure de passation de marchés publics et pour évaluer les offres soumises dans le cadre de la procédure. En outre, ils ne sont pas légalement tenus d'enquêter sur l'existence de subventions étrangères lors de l'évaluation des offres et aucune conséquence juridique spécifique n'est prévue en cas de subventions étrangères induisant une distorsion.

L'UE s'est engagée à accorder l'accès à ses marchés publics à des marchandises, des services et des fournisseurs de certains pays tiers dans plusieurs conventions internationales (accord sur les marchés publics et accords de libre-échange bilatéraux dotés d'un volet sur les marchés publics). En conséquence, les directives sur les marchés publics disposent que les acheteurs publics de l'Union sont tenus d'accorder aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union, dans la mesure où le marché en question est couvert par ces conventions.

Au-delà de cette obligation, les opérateurs économiques des pays tiers qui n'ont pas signé de convention avec l'UE prévoyant l'ouverture de leurs marchés publics ou dont les biens, services ou travaux ne sont pas visés par une telle convention, n'ont pas un accès garanti aux marchés publics de l'Union et peuvent en être exclus¹⁵. Dans la pratique, les décisions d'exclure les soumissionnaires de pays tiers ne disposant pas d'un accès garanti pourraient être justifiées par l'obtention de subventions étrangères, mais le cadre juridique en vigueur ne prévoit aucun lien de ce type.

Les acheteurs publics peuvent prendre en considération l'existence de subventions étrangères lorsqu'ils évaluent les risques en termes d'exécution du marché. Plus particulièrement, les acheteurs publics peuvent tenir compte de la dépendance aux subventions dans leur évaluation de la viabilité financière globale d'une offre. Aux fins de cette évaluation, l'article 69 de la directive 2014/24/UE¹⁶ prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent rejeter les offres qu'ils considèrent comme anormalement basses lorsque les explications et les éléments de preuves fournis par le soumissionnaire n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix proposé. Lorsque, dans le cadre de cette évaluation, il peut être établi qu'un soumissionnaire a obtenu une aide d'État dans l'UE incompatible avec le TFUE, qui lui a permis de faire une offre basse, l'offre peut, moyennant le respect d'autres conditions, être rejetée pour ce seul motif¹⁷. À l'inverse, l'article 69 de la directive 2014/24/UE ne contient aucune disposition correspondante pour les subventions étrangères qui permettent aux soumissionnaires de soumettre des offres basses. Si l'octroi de subventions étrangères peut être pris en considération dans l'évaluation globale et que les acheteurs publics décident finalement de

¹⁵ Communication de la Commission européenne, «Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'UE» [C(2019) 5494 final, p. 6]. Cette disposition ne s'applique pas aux filiales subventionnées de soumissionnaires de pays tiers exclus établies dans l'UE.

¹⁶ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JO L 94 du 28.3.2014, p. 65.

¹⁷ Article 69, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JO L 94 du 28.3.2014, p. 65.

rejeter une offre au motif qu'elle est anormalement basse, un tel rejet doit être justifié par la démonstration que les subventions étrangères entravent la viabilité de l'offre et la capacité du soumissionnaire à exécuter le contrat au prix (anormalement bas) offert¹⁸.

Les acheteurs publics de l'UE sont également encouragés à exiger des normes environnementales et sociales élevées dans leurs procédures de marchés publics et à veiller à ce que les soumissionnaires de l'UE et ceux des pays tiers soient tenus de respecter les mêmes normes. En réalité, ils peuvent recourir à des spécifications techniques, ainsi qu'à des critères d'exclusion, de sélection et d'attribution et définir des clauses d'exécution des contrats qui garantissent le respect de normes élevées¹⁹. Si de telles exigences pourraient, dans la pratique, contribuer à l'égalité des conditions de concurrence pour tous, elles ne sont pas conçues pour remédier à l'effet de distorsion potentiel des subventions étrangères en général, et c'est d'autant moins le cas pour les entités subventionnées établies dans l'UE, puisque celles-ci sont déjà soumises aux mêmes règles que leurs homologues non subventionnées.

Dans la pratique, les acheteurs publics ne disposent pas des informations nécessaires pour déterminer si les soumissionnaires bénéficient de subventions étrangères ou pour évaluer dans quelle mesure les subventions ont pour effet d'entraîner des distorsions dans les marchés publics. Les acheteurs publics peuvent également avoir un intérêt économique à court terme à attribuer des marchés à de tels soumissionnaires, même si les prix bas qu'ils offrent sont dus à l'existence de subventions étrangères.

Enfin, le principal objectif de l'instrument relatif aux marchés publics internationaux (IMPI)²⁰ est d'encourager les partenaires commerciaux à négocier avec l'UE l'ouverture de leurs marchés publics aux entreprises de l'UE. Pour autant qu'il soit adopté sous sa forme actuelle, l'IMPI vise à améliorer l'accès aux marchés publics *en dehors de* l'UE, mais pas à remédier aux distorsions des procédures de passation de marchés dans le marché intérieur causées par les subventions étrangères octroyées à des entreprises participant aux marchés publics de l'UE²¹.

Les règles en vigueur dans le domaine des marchés publics de l'UE ne suffisent pas pour faire face et remédier aux distorsions induites par les subventions étrangères. En conséquence, pour les cas où les subventions étrangères facilitent et faussent la soumission d'offres dans une procédure de passation de marché public de l'UE, il existe manifestement un vide réglementaire.

¹⁸ Pour de plus amples informations, voir la communication de la Commission européenne, «Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'UE» [C(2019) 5494 final, section 2].

¹⁹ Communication de la Commission européenne, «Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'UE» [C(2019) 5494 final, chapitre 3].

²⁰ Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers [COM(2016) 34 final du 29 janvier 2016]. Cette proposition est actuellement débattue au sein du Conseil.

²¹ À la suite de l'appel de la Commission et du Conseil européen de mars 2019 en vue de la reprise des discussions, les colégislateurs mènent actuellement des discussions constructives sur l'IMPI, sur la base de la proposition législative modifiée de 2016 de la Commission.

3.4 Financement de l'UE

L'accès à un soutien financier de l'UE est régi par les règles établies par le règlement financier (ci-après le «règlement financier» ou «RF»)²². Les conventions avec des pays tiers régissent l'accès des entités de pays tiers au financement de l'UE. Ces règles sont complétées par des règlements établis pour les programmes de dépenses et les fonds de l'UE.

Toutes ces règles contiennent des dispositions visant à protéger l'égalité des conditions de concurrence. Par exemple, elles établissent des mesures visant à réduire l'incidence des offres anormalement basses²³.

Toutefois, aucune de ces règles ne tient actuellement compte de l'existence de subventions étrangères et de leurs effets sur la capacité d'une entreprise, quel que soit son lieu d'établissement, d'accéder à un financement de l'UE sur la base de telles subventions.

En ce qui concerne la gestion partagée, l'analyse des lacunes exposée à la section 3.3 et les éléments d'appréciation relatifs aux règles de passation des marchés publics de l'UE présentés dans le présent document sont également très pertinents pour les financements de l'UE, étant donné que les États membres appliquent ces règles aux projets financés par l'UE qui sont mis en œuvre dans la cadre d'une gestion partagée.

4 CADRE PERMETTANT DE S'ATTAQUER AUX DISTORSIONS GÉNÉRÉES PAR LES SUBVENTIONS ÉTRANGÈRES DANS LE MARCHÉ INTÉRIEUR, EN RÈGLE GÉNÉRALE ET DANS LES CAS PARTICULIERS DES ACQUISITIONS ET DES MARCHÉS PUBLICS

Comme l'a montré l'analyse des lacunes, l'Union dispose déjà de certains outils pour s'attaquer aux distorsions que les subventions étrangères peuvent générer dans le marché intérieur, en particulier lorsque ces subventions sont octroyées pour l'importation de biens. Toutefois, il ressort aussi de l'analyse des lacunes et de la définition du problème que les outils existants ont besoin d'être complétés pour s'attaquer et remédier spécifiquement aux distorsions dans le marché intérieur de l'UE découlant de subventions octroyées par des autorités ne faisant pas partie de l'UE. Dans la présente section, le livre blanc présente donc, pour examen, un cadre qui permettrait de s'attaquer, d'une part, aux distorsions générées par les subventions étrangères fournies à un opérateur économique dans le marché de l'UE (module 1) et, d'autre part, aux distorsions générées par les subventions étrangères dans le contexte de l'acquisition de cibles de l'UE (module 2) et des marchés publics (module 3). Dans tous les modules, l'élément déclencheur est l'origine de la subvention, à savoir son

²² Règlement (UE, Euratom) 2018/1046 du Parlement européen et du Conseil du 18 juillet 2018 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, modifiant les règlements (UE) n° 1296/2013, (UE) n° 1301/2013, (UE) n° 1303/2013, (UE) n° 1304/2013, (UE) n° 1309/2013, (UE) n° 1316/2013, (UE) n° 223/2014, (UE) n° 283/2014 et la décision n° 541/2014/UE, et abrogeant le règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 (JO L 193 du 30.7.2018, p. 1).

²³ Voir l'annexe I point 23, du règlement financier. Aux fins de l'examen des offres anormalement basses, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération les observations du soumissionnaire concernant la possibilité qu'il a d'obtenir une aide d'État dans le respect des règles applicables. Le pouvoir adjudicateur peut rejeter une offre anormalement basse au motif que le soumissionnaire a obtenu une aide d'État si le soumissionnaire n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du TFUE.

octroi par un pays tiers. Les modules peuvent être appliqués soit individuellement, sur une base autonome, soit en combinaison.

Les sections qui suivent présentent les différents modules plus en détail, en commençant par exposer les caractéristiques de base de chacun et leurs champs d'application respectifs, les critères possibles qui pourraient guider l'appréciation de l'autorité de surveillance compétente pour déterminer l'existence d'une subvention étrangère générant des distorsions dans le marché intérieur, la procédure et les mesures réparatrices possibles.

Aux fins du présent livre blanc, la notion de «subvention étrangère» est définie à l'annexe I.

4.1 Instrument général permettant d'identifier les subventions étrangères (module 1)

4.1.1 Caractéristiques de base

Le module 1 est conçu comme un instrument général servant à s'attaquer aux subventions étrangères qui génèrent des distorsions dans le marché intérieur et sont octroyées à un bénéficiaire qui est établi ou, dans certains cas, exerce ses activités dans l'UE²⁴.

Dans le cadre de ce module, les autorités de surveillance compétentes (la Commission et les autorités compétentes des États membres, qui exerceront leurs pouvoirs d'exécution respectifs dans le cadre d'un système d'examen partagé afin d'éviter les doublons) peuvent agir sur la base de tout élément qu'elles jugent pertinent indiquant l'octroi d'une subvention étrangère à un bénéficiaire exerçant ses activités dans l'UE. Ces informations pourraient provenir, par exemple, d'opérateurs du marché ou des États membres. La procédure débiterait par un examen préliminaire visant à établir l'existence ou non d'une subvention étrangère susceptible de générer des distorsions dans le marché intérieur. Si l'examen préliminaire fait apparaître qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter, en raison de l'absence soit de subvention étrangère soit d'indications d'une distorsion dans le marché intérieur, ou si l'affaire n'est pas une priorité, l'autorité de surveillance compétente clôturerait la procédure.

En revanche, si des éléments de preuve tendent à montrer qu'une subvention étrangère peut perturber le bon fonctionnement du marché intérieur, une enquête approfondie serait ouverte, au cours de laquelle l'autorité de surveillance compétente devrait confirmer sa conclusion préliminaire selon laquelle il existe une subvention étrangère qui génère des distorsions dans le marché intérieur.

À l'issue de cette enquête approfondie, s'il est confirmé que le bon fonctionnement du marché intérieur peut avoir été ou peut être perturbé par la subvention étrangère, l'autorité de surveillance compétente aurait la possibilité d'imposer des mesures pour réparer ces distorsions dans le marché intérieur («mesures réparatrices»). A contrario, l'enquête serait close si l'existence d'une subvention étrangère n'est pas confirmée, en l'absence d'indication d'une distorsion ou si, à l'issue d'un exercice de mise en balance, il apparaît que la distorsion que la subvention est susceptible de générer est atténuée par l'effet positif que l'activité

²⁴ Les subventions étrangères octroyées à des biens et à des produits agricoles importés dans l'UE relèvent de l'instrument de défense commerciale de l'UE et ne seraient donc pas couvertes par le module 1.

économique ou l'investissement bénéficiant d'un soutien pourrait avoir au sein de l'UE ou sur un intérêt d'ordre public reconnu par l'UE.

4.1.2 *Champ d'application du module 1*

4.1.2.1 Considérations générales

Le module 1 a un vaste champ d'application matériel et permettrait de s'attaquer aux subventions étrangères générant des distorsions dans toutes les situations de marché²⁵. Cela signifie que le module 1 inclurait aussi la possibilité d'examiner des acquisitions facilitées par des subventions étrangères et/ou le comportement sur le marché d'un soumissionnaire subventionné participant à un appel d'offres pour un marché public.

4.1.2.2 Subventions étrangères bénéficiant à une entreprise dans l'UE

Le module 1 vise à s'attaquer aux distorsions générées par des subventions étrangères dans l'UE. Pour ce faire, le module 1 s'appliquerait aux entreprises établies dans l'UE qui bénéficient de subventions étrangères. Indépendamment de cela, il pourrait être considéré que le module 1 couvre également certaines entreprises exerçant une activité quelconque dans l'UE et qui bénéficient de subventions étrangères. Les deux possibilités sont examinées ci-après. Dans les deux cas, les autorités compétentes n'auraient la possibilité d'agir que si la subvention génère des distorsions dans le marché intérieur.

- Entreprises établies dans l'UE

Une subvention étrangère serait couverte par la présente option si elle confère un avantage à une entreprise²⁶ établie dans l'UE. Une entreprise est considérée comme établie dans l'UE si une de ses entités est établie dans l'UE. Lorsque la subvention est octroyée à une entité établie en dehors de l'UE, il serait nécessaire d'établir dans quelle mesure le bénéfice de la subvention étrangère peut être attribué à l'entité établie dans l'UE, eu égard aux critères pertinents tels que la finalité et les conditions liées à la subvention étrangère ou l'utilisation effective des fonds (telle qu'attestée, par exemple, par les comptes de l'entreprise en question).

- Entreprises exerçant leurs activités dans l'UE

Il conviendrait d'examiner la possibilité d'appliquer le module 1 non seulement aux entreprises établies dans l'UE, mais aussi à certaines entreprises qui bénéficient de

²⁵ La mention «dans toutes les situations de marché» renvoie aux opérations dans l'UE, que la subvention porte sur la production de biens, la prestation de services ou des investissements dans l'UE. Il est toutefois suggéré d'exclure du module 1 les subventions étrangères octroyées pour des biens et des produits agricoles importés dans l'UE, qui relèvent du règlement antisubventions de l'UE.

²⁶ Conformément à une jurisprudence constante de la Cour de justice, une entreprise est définie comme une entité exerçant une activité économique et plusieurs entités juridiques distinctes peuvent être jugées former une seule unité économique, qu'il y a alors lieu de considérer comme l'entreprise en cause. La Cour de justice estime pertinente l'existence de participations de contrôle de l'une des entités dans l'autre et d'autres liens fonctionnels, économiques et organiques entre elles. Arrêt de la Cour de justice du 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, affaires jointes C-180/98 à C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, point 74; arrêt de la Cour de justice du 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a.*, C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, points 107 et 112.

subventions étrangères et exercent une activité quelconque dans l'UE, comme lorsqu'une entreprise établie en dehors de l'UE cherche à acquérir une cible de l'UE.

4.1.2.3 Date à partir de laquelle une subvention est octroyée

Une subvention étrangère serait considérée comme relevant du module 1 à partir du moment où le bénéficiaire a droit à la recevoir. Le versement effectif de la subvention n'est pas une condition nécessaire pour que celle-ci relève du champ d'application du module 1. Il est toutefois pertinent pour déterminer la mesure réparatrice adéquate, comme expliqué ci-dessous.

4.1.3 *Appréciation des distorsions dans le marché intérieur*

Une fois l'existence d'une subvention étrangère établie, l'autorité de surveillance compétente apprécie si celle-ci génère une distorsion dans le marché intérieur. Les subventions tant réelles que potentielles sont prises en considération. Certaines catégories de subventions étrangères seraient considérées comme très susceptibles de générer des distorsions dans le marché intérieur. Pour toutes les autres subventions étrangères, une évaluation plus précise serait nécessaire, sur la base d'indicateurs qui aident à déterminer si une subvention étrangère perturbe réellement ou potentiellement le bon fonctionnement du marché intérieur. En tout état de cause, l'entreprise concernée peut aussi démontrer que la subvention étrangère en question n'est pas capable de générer des distorsions dans le marché intérieur dans les circonstances de l'espèce.

De manière générale, il est suggéré que les subventions étrangères inférieures à un certain seuil sont réputées ne pas poser de problème, car il est peu probable qu'elles perturbent le bon fonctionnement du marché intérieur. Des subventions étrangères d'un montant inférieur ou égal à ce seuil devraient être présumées ne pas pouvoir perturber le bon fonctionnement du marché intérieur. Le seuil pourrait être fixé à un montant de 200 000 EUR octroyé par période de trois ans. Ce montant serait aligné sur le seuil de minimis prévu par les règles de l'UE en matière d'aides d'État²⁷.

4.1.3.1 Catégories de subventions étrangères considérées comme susceptibles de générer des distorsions dans le marché intérieur

Certaines catégories de subventions étrangères, comme certains types d'aides d'État, sont susceptibles de générer des distorsions dans le marché intérieur en raison de leur nature et de leur forme. Ces catégories de subventions étrangères pourraient être considérées comme générant des distorsions dans le marché intérieur et pourraient comprendre les subventions suivantes:

- les subventions sous la forme d'un financement à l'exportation, sauf si ce financement est fourni conformément à l'arrangement de l'OCDE sur les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public;

²⁷ Règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis (JO L 352 du 24.12.2013, p. 1).

- les subventions (telles que les abandons de dette) à des entreprises en difficulté, c'est-à-dire des entreprises dans l'incapacité d'obtenir un financement à long terme ou un investissement auprès de sources commerciales indépendantes, sauf s'il existe un plan de restructuration visant à rétablir la viabilité à long terme du bénéficiaire et assorti d'une contribution propre importante du bénéficiaire²⁸. Les subventions octroyées pour remédier à une perturbation grave de l'économie au niveau national ou mondial ne relèvent pas de cette catégorie, si elles sont limitées dans le temps et proportionnées au regard de la perturbation en question;
- les subventions dans le cadre desquelles une autorité publique garantit les dettes ou les passifs de certaines entreprises sans limite quant au montant de ces dettes ou passifs ou à la durée de la garantie;
- les subventions d'exploitation sous la forme d'allègements d'impôts, autres que des mesures générales;
- les subventions étrangères facilitant directement une acquisition.

4.1.3.2 Appréciation de toutes les autres subventions étrangères sur la base d'indicateurs

Les subventions étrangères ne relevant d'aucune des catégories décrites ci-dessus peuvent néanmoins générer des distorsions dans le marché intérieur. Elles peuvent permettre à des opérateurs moins efficaces de se développer et d'augmenter leur part de marché dans le marché intérieur aux dépens d'opérateurs plus efficaces qui ne bénéficient pas de ces subventions. Les opérateurs bénéficiant de subventions étrangères peuvent aussi être en mesure de produire à des coûts moindres et, en fin de compte, de proposer leurs produits et leurs services dans le marché intérieur à des prix inférieurs, au détriment de concurrents qui ne bénéficient pas de ces subventions. Des subventions étrangères peuvent également permettre à leurs bénéficiaires de présenter des offres plus intéressantes que celles d'autres opérateurs potentiellement plus efficaces lorsqu'il s'agit d'acheter des biens ou d'acquérir des entreprises.

Dans de tels cas qui ne rentrent pas dans les catégories prédéfinies de subventions générant des distorsions, les subventions étrangères doivent être examinées de manière plus approfondie pour évaluer si elles sont de nature à fausser, réellement ou potentiellement, les conditions de concurrence dans le marché intérieur.

Compte tenu du manque général de transparence concernant les subventions étrangères et de la complexité de la réalité commerciale, il peut se révéler difficile d'établir clairement, ou même de quantifier, l'incidence de subventions étrangères particulières sur le marché intérieur. Pour déterminer cette incidence, il apparaît donc nécessaire de recourir à un ensemble d'indicateurs relatifs aux subventions et à la situation de marché concernée. Une liste non exhaustive d'indicateurs pertinents pourrait comprendre les critères suivants:

- le volume relatif de la subvention en question: plus le montant d'une subvention est élevé en termes relatifs, plus il est probable que celle-ci aura une incidence négative

²⁸ Si le bénéficiaire exerce ses activités dans un secteur ou une industrie en surcapacité, il est peu probable qu'un plan de restructuration mène au rétablissement de sa viabilité à long terme.

sur le marché intérieur; à titre d'exemple, dans le cas d'une subvention à l'investissement, le montant de la subvention peut être comparé au montant de l'investissement;

- la situation du bénéficiaire: à titre d'exemple, plus la taille du bénéficiaire est importante, plus il est probable que la subvention génère des distorsions. En règle générale, les subventions à des petites et moyennes entreprises peuvent être considérées comme générant moins de distorsions²⁹. Plus la capacité de production inutilisée du bénéficiaire est importante, plus il est probable qu'une subvention génère des distorsions;
- la situation sur le marché en cause: à titre d'exemple, les subventions octroyées à des bénéficiaires exerçant leurs activités sur des marchés caractérisés par une surcapacité structurelle sont plus susceptibles que d'autres de générer des distorsions. Les subventions octroyées à des bénéficiaires exerçant leurs activités sur des marchés caractérisés par un degré élevé de concentration sont plus susceptibles que d'autres de générer des distorsions. De même, les subventions sur les marchés de haute technologie connaissant une croissance rapide peuvent être plus susceptibles de générer des distorsions;
- le comportement sur le marché en question: à titre d'exemple, le surenchérissement lors d'acquisitions ou la soumission d'offres qui génèrent des distorsions dans les procédures de passation de marché;
- le niveau d'activité du bénéficiaire dans le marché intérieur: des subventions octroyées à des entreprises qui exercent des activités limitées dans le marché intérieur sont moins susceptibles de générer des distorsions dans celui-ci.

En outre, il faudra également s'intéresser à la possibilité pour l'autorité de surveillance compétente de tenir compte du fait que le bénéficiaire jouit, le cas échéant, d'un accès privilégié à son marché intérieur (grâce à des mesures équivalant à l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs), lui conférant un avantage concurrentiel artificiel susceptible d'être exploité par effet de levier qui pourrait être utilisé dans le marché intérieur de l'UE et, de ce fait, exacerbant l'effet de distorsion d'une éventuelle subvention.

4.1.4 Critère d'examen de l'intérêt de l'Union

Une fois qu'il est établi qu'une subvention étrangère est capable de générer des distorsions dans le marché intérieur, et lorsque des éléments attestent d'un effet positif possible que l'activité économique ou l'investissement bénéficiant d'un soutien pourrait avoir au sein de l'UE ou sur des intérêts d'ordre public reconnus par l'UE, les distorsions devraient être mises en balance avec cet effet positif possible.

Lors de cette appréciation, les objectifs de politique publique de l'UE, tels que la création d'emplois, la réalisation des objectifs de neutralité climatique et la protection de

²⁹ Pour la distinction entre les petites, moyennes et grandes entreprises, voir l'annexe I du règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité (JO L 187 du 26.6.2014, p. 1).

l'environnement, la transition numérique, la sécurité, l'ordre public, ainsi que la sécurité publique et la résilience, seraient pris en compte. Lors de la mise en balance de ces considérations et de la distorsion, l'ampleur de cette dernière devrait jouer un rôle. De plus, la mise en balance doit être fondée sur une appréciation des divers intérêts en jeu, y compris la nécessité de protéger l'intérêt des consommateurs. Si, in fine, la distorsion du marché intérieur générée par la subvention étrangère est suffisamment atténuée par l'effet positif de l'activité économique ou de l'investissement bénéficiant d'un soutien, il n'y aurait pas lieu de poursuivre l'enquête.

4.1.5 *Procédure*

Il est suggéré que la procédure dans le cadre du module 1 consiste en un système à deux étapes, comprenant un examen préliminaire d'une possible distorsion dans le marché intérieur découlant de l'existence d'une subvention étrangère et une enquête approfondie.

L'autorité de surveillance compétente peut, dans le cadre de ce module, rencontrer des difficultés à obtenir les informations nécessaires en particulier parce que les autorités qui octroient les subventions étrangères se trouvent en dehors de l'UE, tout comme peuvent l'être les entités par l'intermédiaire desquelles les subventions pourraient être acheminées.

À cet égard, des outils d'enquête adéquats et la possibilité de demander des renseignements aux acteurs du marché sous la forme d'informations sur le marché seront déterminants pour permettre à l'autorité de surveillance compétente d'agir.

En outre, tant pendant l'examen préliminaire que pendant l'enquête approfondie, des mécanismes seraient disponibles pour recueillir les informations utiles. L'autorité de surveillance compétente pourrait imposer des sanctions et des astreintes en cas de défaut de communication des informations demandées dans le délai prescrit ou de communication d'informations incomplètes, inexactes ou trompeuses. Si les informations ne sont pas communiquées malgré ces sanctions, elle aurait la possibilité d'arrêter des décisions sur la base des données disponibles, comme dans la procédure prévue par les instruments de l'UE relatifs à la défense commerciale et aux aides d'État. En outre, l'autorité de surveillance compétente pourrait avoir la possibilité d'effectuer des visites d'enquête dans les locaux de l'UE du bénéficiaire présumé d'une subvention étrangère, ainsi que dans les pays tiers, si ces derniers l'acceptent.

4.1.5.1 Examen préliminaire d'une possible subvention étrangère

L'examen préliminaire vise à déterminer s'il existe une subvention étrangère octroyée à une entreprise établie dans l'UE ou, dans certains cas, y exerçant ses activités qui pourrait générer des distorsions dans le marché intérieur.

Si l'autorité de surveillance compétente – à l'issue de l'examen préliminaire – soupçonne l'existence d'une subvention étrangère susceptible de générer des distorsions dans le marché intérieur, elle peut ouvrir une enquête approfondie pour confirmer son avis préliminaire selon lequel il existe une subvention étrangère capable de perturber le bon fonctionnement du marché intérieur. L'autorité de surveillance compétente informera l'entreprise concernée, le pays tiers présumé octroyer la subvention, la Commission s'il y a lieu, ainsi que les autorités de surveillance de tous les autres États membres de l'UE de l'ouverture d'une enquête approfondie.

Si l'examen préliminaire fait apparaître qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter, en raison de l'absence soit de subvention étrangère soit d'indications d'une distorsion dans le marché intérieur, l'examen préliminaire est clos et l'entreprise concernée ainsi que la Commission et tous les États membres de l'UE en sont informés.

4.1.5.2 Enquête approfondie sur une subvention étrangère

Lors de l'enquête approfondie, les parties intéressées sont invitées à présenter leur point de vue par écrit et à communiquer des informations sur l'existence d'une subvention étrangère et ses effets potentiels de distorsion dans le marché intérieur.

Si l'entreprise concernée ne fournit pas les informations demandées par l'autorité de surveillance compétente ou ne coopère pas au mieux de ses possibilités, l'autorité de surveillance compétente peut arrêter une décision sur la base des données disponibles. À l'issue de l'enquête approfondie, l'autorité de surveillance compétente adopte une décision:

- si elle constate qu'une subvention étrangère crée des distorsions, elle impose des mesures réparatrices à l'entreprise en question («décision relative aux mesures réparatrices»);
- si elle constate qu'une subvention étrangère génère des distorsions et si l'entreprise concernée propose des engagements que l'autorité de surveillance compétente juge appropriés et suffisants pour atténuer les distorsions, elle adopte une décision rendant ces engagements contraignants pour l'entreprise («décision relative aux engagements»).

En l'absence de subvention étrangère, ou si rien n'indique une distorsion possible ou réelle dans le marché intérieur d'une ampleur justifiant d'intervenir, l'autorité de surveillance compétente clôt la procédure et en informe l'entreprise concernée et les parties intéressées qui y ont pris part, ainsi que tous les États membres et la Commission, si cette dernière n'est pas l'autorité de surveillance compétente. Si la Commission agissant en tant qu'autorité de surveillance compétente constate qu'une distorsion est atténuée par l'effet positif de l'activité économique ou de l'investissement bénéficiant d'un soutien, elle clôt la procédure de la même façon.

4.1.6 Mesures réparatrices

Des mesures réparatrices pourraient être imposées pour remédier aux distorsions générées par la subvention étrangère. En vertu des règles en matière d'aides d'État, les aides d'État octroyées et non conformes aux règles de l'UE en matière d'aides d'État doivent être remboursées, avec intérêts, à l'État membre qui les a octroyées. Appliqué au cas des subventions étrangères, ce principe signifierait que l'avantage financier conféré par ces subventions devrait être éliminé au moyen de paiements réparateurs en faveur du pays tiers. Dans le cas de subventions étrangères, toutefois, il peut être difficile dans la pratique d'établir que la subvention est effectivement et définitivement remboursée au pays tiers.

Il peut donc être nécessaire d'envisager de doter l'autorité de surveillance compétente d'une série d'autres mesures réparatrices. Celles-ci pourraient aller de mesures correctives de nature structurelle à des paiements réparateurs en faveur de l'UE ou des États membres, en passant par des mesures comportementales. Pour déterminer les mesures réparatrices adéquates, il y

aurait lieu de tenir compte des caractéristiques particulières de la subvention étrangère et de ses effets de distorsion dans le marché intérieur. Si, par exemple, une subvention étrangère a facilité une acquisition, des mesures correctives de nature structurelle peuvent être plus appropriées que des paiements réparateurs.

Les mesures réparatrices possibles, au cas où des paiements réparateurs en faveur du pays tiers ne sont pas adaptés ou réalisables, pourraient être les suivantes:

- la cession de certains actifs, afin de réduire les capacités ou la présence sur le marché, ce qui pourrait limiter les distorsions possibles dans le marché intérieur, en particulier celles liées aux subventions étrangères spécifiquement octroyées pour promouvoir des activités dans le marché intérieur, en s'inspirant par exemple des lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration³⁰;
- l'interdiction de certains investissements; cette mesure pourrait être particulièrement judicieuse si une subvention étrangère a été octroyée pour un investissement spécifique;
- l'interdiction de l'acquisition subventionnée;
- l'accès de tiers, par exemple à des applications de mobilité pour les prestataires de services de transport ou en s'inspirant des lignes directrices de l'UE pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit³¹;
- l'octroi de licences à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires («conditions FRAND»). Si, par exemple, une entreprise reçoit des subventions et obtient des fréquences pour les télécommunications ou fournit l'accès à des réseaux utilisant ces fréquences, elle pourrait être obligée d'octroyer des licences sur ces fréquences à d'autres entreprises;
- l'interdiction d'un comportement spécifique sur le marché lié à la subvention étrangère;
- la publication de certains résultats de R&D, d'une manière qui permette à d'autres entreprises de les reproduire, en s'inspirant par exemple des exigences appliquées aux projets importants d'intérêt européen commun³² ou de celles énoncées dans le règlement 651/2014 d'exemption par catégorie³³;

³⁰ Communication de la Commission – Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers (JO C 249 du 31.7.2014, p. 1).

³¹ Communication de la Commission – Lignes directrices de l'UE pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit (JO C 25 du 26.01.2013, p. 1).

³² Communication de la Commission – Critères relatifs à l'analyse de la compatibilité avec le marché intérieur des aides d'État destinées à promouvoir la réalisation de projets importants d'intérêt européen commun (JO C 188 du 20.6.2014, p. 4).

³³ Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité (JO L 187 du 26.6.2014, p. 1), tel que modifié par le règlement (UE) 2017/1084 de la Commission du 14 juin 2017 (JO L 156 du 20.6.2017, p. 1).

- des paiements réparateurs en faveur de l'UE ou d'États membres.

Le manque de transparence étant en général un problème majeur, et en particulier en ce qui concerne les relations financières entre des pays tiers et des entreprises publiques, des obligations d'information et de transparence à l'avenir s'appliqueraient dès lors que des mesures réparatrices sont imposées. Ces obligations d'information et de transparence pourraient s'inspirer, par exemple, de la directive 2006/111/CE sur la transparence. Une transparence accrue peut contribuer à éviter des distorsions à l'avenir.

L'entreprise concernée peut également proposer des engagements pour atténuer les distorsions. Si l'autorité de surveillance compétente juge ces engagements suffisants, elle pourrait les rendre contraignants pour l'entreprise.

Si une entreprise ne se plie pas aux mesures réparatrices imposées par l'autorité de surveillance compétente ou manque à ses engagements contraignants, l'autorité de surveillance compétente pourrait, pour sanctionner ce non-respect, infliger des amendes et des astreintes.

Le pouvoir des autorités de surveillance compétentes d'imposer des mesures réparatrices serait soumis à un délai de prescription de dix ans à compter du jour où la subvention est octroyée. Toute mesure prise par l'autorité de surveillance compétente à l'égard d'une subvention étrangère interromprait ce délai. Chaque interruption ouvrirait un nouveau délai de prescription.

4.1.7 Autorités de surveillance

Il est suggéré que tant la Commission que les États membres désignent des autorités de surveillance. Des mécanismes de coordination entre la Commission et les autorités de surveillance nationales compétentes seraient prévus afin de garantir la cohérence et l'efficacité de leurs actions de contrôle respectives. Pour un système tel que celui décrit dans ce module, des compétences partagées entre plusieurs autorités de contrôle donnent la meilleure assurance que les subventions étrangères les plus génératrices de distorsions seront détectées et traitées de manière efficace. En effet, cela permettrait à la Commission et aux États membres d'utiliser leurs points forts respectifs pour veiller à ce que les distorsions causées par les subventions étrangères fassent l'objet d'un examen en bonne et due forme au sein de l'Union.

Les États membres peuvent tirer parti de leur connaissance directe du fonctionnement de leurs marchés nationaux respectifs. Toutefois, dans certaines circonstances, des subventions étrangères peuvent avoir une incidence sur plus d'un État membre. Dans ce cas, la Commission serait mieux placée pour mettre en œuvre le module 1, de manière à garantir une application cohérente des règles dans l'ensemble de l'Union, en s'appuyant sur son expérience dans la mise en œuvre des instruments de défense commerciale ainsi que des règles en matière d'aides d'État.

Chaque autorité de surveillance nationale serait habilitée à mettre en œuvre le module 1 sur le territoire relevant de sa compétence, qui se définit comme le territoire de l'État membre concerné. La Commission serait compétente pour toute subvention étrangère bénéficiant à une entreprise dans l'Union, indépendamment de la question de savoir si elle concerne le territoire d'un ou de plusieurs États membres de l'UE. La Commission serait aussi seule compétente

pour appliquer le critère d'examen de l'intérêt de l'Union. Les États membres peuvent apporter leur contribution à la demande de la Commission ou de leur propre initiative. La Commission et les États membres conservent toutefois toute latitude pour décider s'il convient d'examiner un cas particulier de subvention étrangère susceptible de générer des distorsions.

Cela signifie qu'une subvention étrangère peut faire l'objet d'un examen par:

- une seule autorité de surveillance nationale; ou
- plusieurs autorités de surveillance nationales agissant en parallèle (si une subvention étrangère profite à des activités économiques dans plus d'un État membre); ou
- la Commission.

Mécanisme de coopération et de coordination

Un système dans lequel le contrôle serait partagé nécessiterait des mécanismes de coopération efficaces entre les différentes autorités de contrôle. La coopération entre la Commission et les autorités de surveillance nationales pourrait être similaire à la coopération existante en matière de pratiques anticoncurrentielles, telle que définie dans le règlement (CE) n° 1/2003³⁴. Elle serait combinée à un mécanisme de coordination entre les États membres et la Commission qui garantirait une action cohérente et coordonnée, si nécessaire, pour établir l'existence d'une subvention. En ce qui concerne l'existence d'une subvention en particulier, les autorités de surveillance nationales se coordonneraient avec la Commission au cours de l'examen préliminaire et de l'enquête approfondie qui s'ensuivrait afin de garantir une mise en œuvre cohérente de la discipline en matière de subventions.

Il est suggéré que tant que la Commission n'ouvre pas d'enquête approfondie, les autorités de surveillance nationales restent habilitées à poursuivre leur procédure. Toutefois, dès que la Commission entamerait une enquête approfondie sur une subvention étrangère, elle deviendrait seule compétente pour ce faire, et les autorités de surveillance nationales seraient tenues de suspendre leur procédure. Les autorités de surveillance nationales ne pourraient poursuivre leur examen que dans le cas où la Commission clôturerait administrativement son enquête approfondie.

Afin de garantir un contrôle efficient, les autorités de surveillance nationales pourraient demander à la Commission d'ouvrir une procédure; cette dernière conserverait le pouvoir d'accepter ou de rejeter une telle demande. Il peut également arriver qu'il soit souhaitable de transférer une affaire d'une ou plusieurs autorité(s) de surveillance nationale(s) vers la Commission ou vice-versa. En particulier, lorsque deux ou plusieurs autorités de surveillance nationales mènent une procédure concernant la même subvention étrangère³⁵, la Commission semble mieux placée pour se charger de l'examen. Un tel transfert pourrait avoir lieu aussi

³⁴ Règlement du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

³⁵ Par exemple, si une subvention est accordée à une société mère établie en dehors de l'Union qui possède des filiales en Autriche et en Allemagne, ces deux filiales pourraient en principe avoir bénéficié de cette subvention.

longtemps que la procédure est en cours et à condition que l'autorité requérante et l'autorité requise y consentent.

La Commission et les autorités de surveillance nationales s'informeront aussi mutuellement au début d'un examen préliminaire, ainsi qu'à l'entame d'une enquête approfondie. Elles pourraient s'échanger des documents utiles, y compris des informations confidentielles. Au cours d'une enquête approfondie, l'autorité de surveillance nationale qui la réalise doit solliciter l'avis de la Commission sur la question de savoir si le critère d'examen de l'intérêt de l'UE est rempli. L'État membre est lié par l'avis de la Commission. Avant d'adopter une décision imposant des mesures réparatrices ou une décision relative à des engagements à l'issue d'une enquête approfondie, l'autorité de surveillance nationale qui agit consulte la Commission et informe toutes les autres autorités de surveillance nationales. Quant à la Commission, elle associe les autorités de surveillance nationales à sa prise de décision en leur donnant la possibilité d'émettre un avis sur un projet de décision (faisant suite à une enquête approfondie). Si la Commission ou les autorités de surveillance nationales ne craignent pas que la subvention étrangère puisse engendrer une distorsion de la concurrence et clôturent dès lors l'examen, elles s'en informent mutuellement. Une telle clôture sera sans incidence sur le pouvoir de toute autorité de surveillance concernée de poursuivre ou d'ouvrir une procédure sur le même cas et de parvenir à une conclusion différente. Dans ce contexte, les autorités de surveillance nationales devraient veiller à parvenir à leur conclusion en étroite coopération avec la Commission.

4.2 Subventions étrangères facilitant l'acquisition de cibles de l'UE (Module 2)

4.2.1 Caractéristiques de base

Le module 2 est spécifiquement conçu pour traiter les distorsions causées par les subventions étrangères facilitant l'acquisition de cibles de l'UE (telles que définies ci-dessous à la section 4.2.2.1). En résumé, il vise à garantir que les subventions étrangères ne procurent pas un avantage indu à leurs bénéficiaires lorsqu'ils acquièrent (des participations dans) d'autres entreprises et a donc un champ d'application plus étroit que le module 1.

Les subventions étrangères peuvent entraîner une distorsion du marché intérieur en facilitant l'acquisition de cibles de l'UE. Elles peuvent le faire soit 1) directement lorsque l'octroi d'une subvention à une entreprise est explicitement lié à une acquisition donnée, soit 2) indirectement, en accroissant de fait la puissance financière de l'acquéreur, facilitant ainsi une acquisition.

Dans le cadre de ce module, l'autorité de surveillance compétente procéderait à un examen ex ante des acquisitions prévues pouvant comporter le recours à des subventions étrangères grâce à un mécanisme de notification obligatoire. La procédure d'examen se déroulerait en deux étapes: une phase d'examen préliminaire et, s'il y a lieu, une enquête approfondie.

Si, au terme d'un examen préliminaire, l'autorité de surveillance compétente dispose d'éléments suffisants attestant que l'entreprise acquéreuse bénéficie de subventions étrangères facilitant l'acquisition, elle serait en mesure d'ouvrir une enquête approfondie. S'il n'existe pas d'éléments suffisants pour justifier l'ouverture de l'enquête concernant l'acquisition, l'autorité de surveillance compétente ne poursuivrait pas son action et clôturerait administrativement la procédure.

Si, au terme de l'enquête approfondie, l'autorité de surveillance compétente constate qu'une acquisition est facilitée par des subventions étrangères et génère une distorsion dans le marché intérieur, elle aurait les deux possibilités suivantes: accepter des engagements de la partie notifiante de nature à remédier de manière effective à la distorsion constatée; ou, en dernier ressort, interdire l'acquisition.

Afin de garantir une mise en œuvre effective, l'autorité de surveillance compétente aurait également le droit d'examiner d'office une acquisition qui aurait dû être notifiée par l'acquéreur mais ne l'a pas été, y compris une fois cette dernière clôturée. Cet examen pourrait déboucher sur l'interdiction de l'acquisition ou sur son annulation dans le cas où elle est déjà réalisée.

4.2.2 *Champ d'application du module 2*

Le module 2 vise à remédier aux distorsions causées par les subventions étrangères facilitant l'acquisition de cibles de l'UE.

La section 4.2.2.1 définit les notions d'«acquisition», de «cible de l'UE» et d'«acquisitions potentiellement subventionnées» aux fins du module 2. La section 4.2.2.2 décrit les deux éléments potentiels susceptibles de déclencher une notification préalable obligatoire. Enfin, la section 4.2.2.3 présente les seuils destinés à adapter le champ d'application du module 2 aux acquisitions les plus problématiques.

4.2.2.1 Définitions

Acquisition

Pour les besoins du présent module, une «acquisition» se définirait comme suit:

- l'acquisition – directe ou indirecte – du contrôle d'une entreprise³⁶, ou
- l'acquisition – directe ou indirecte – d'au moins [un pourcentage déterminé] % des actions ou des droits de vote ou d'une «influence déterminante» dans une entreprise³⁷.

Le module 2 englobe donc l'acquisition de droits ou de participations minoritaires qui sont significatifs mais qui ne confèrent pas nécessairement un contrôle.

³⁶ Des orientations concernant la notion de «contrôle» figurent, notamment, dans la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO C 95 du 16.4.2008, p. 1).

³⁷ Cette seconde définition vise à couvrir l'acquisition de participations qui peut conférer une influence déterminante sur une entreprise, sans qu'il faille conclure à l'existence d'un contrôle sur celle-ci. Il conviendrait toutefois de veiller à définir correctement l'«influence déterminante» afin d'éviter toute confusion quant à la nécessité d'une notification. À cet égard, des entreprises en quête de sécurité juridique peuvent parfois procéder à des notifications «à titre de précaution».

Cible de l'UE

Il est suggéré de définir la «cible de l'UE» comme toute entreprise établie dans l'Union qui atteint un certain seuil de chiffre d'affaires dans l'UE, mais d'autres critères pourraient également être pris en considération (voir la section 4.2.2.3).

Acquisition potentiellement subventionnée

Les acquisitions potentiellement subventionnées se définiraient comme les acquisitions prévues d'une cible de l'UE dans le cadre desquelles une partie a reçu une contribution financière d'une autorité d'un pays tiers, quelle qu'elle soit (comme précisé dans la définition des subventions étrangères figurant à l'annexe I).

Il est proposé de limiter la période à prendre en compte pour ce qui est de l'obtention d'une contribution financière aux [trois] dernières années civiles précédant la notification et les contributions financières octroyées après la notification et jusqu'à une année suivant la clôture de l'acquisition dans le cas où la contribution financière serait octroyée ultérieurement. Dans le deuxième cas, il s'agirait par exemple de la situation dans laquelle il existe un engagement politique à fournir une telle contribution financière dans les mois à venir.

4.2.2.2 Obligation de notification ex ante

L'obligation de notification concernerait les acquisitions potentiellement subventionnées, c'est-à-dire les cas dans lesquels une partie notificante a reçu une contribution financière d'une autorité d'un pays tiers, quelle qu'elle soit, au cours des trois années précédentes ou attend de recevoir une telle contribution au cours de l'année à venir (comme défini plus haut).

Les notifications ne concerneraient dès lors que les acquisitions potentiellement problématiques, c'est-à-dire les cas dans lesquels une contribution financière fournie par une autorité d'un pays tiers faciliterait une acquisition.

Dans le même temps, une limitation du champ d'application de l'obligation de notification aux acquisitions potentiellement subventionnées supposerait de tabler sur un certain niveau d'autoévaluation par les entreprises. Ces dernières devraient déterminer dans quelle mesure elles ont reçu des contributions financières d'autorités de pays tiers afin de savoir si elles doivent notifier une acquisition. Cela comporterait un risque d'erreur ou de contournement dans la mesure où les entreprises n'ont pas nécessairement connaissance d'un tel soutien public ou ne sont pas nécessairement disposées à en faire état.

Toutefois, contrairement à la définition de la «subvention étrangère», la notion de «contribution financière» émanant d'autorités de pays tiers (fournie à l'annexe I dans la définition des subventions étrangères) devrait être plus objective et moins controversée, car elle laisse ouverte l'appréciation de la question de savoir si la contribution doit être qualifiée de subvention. La définition s'aligne également sur d'autres notions couramment utilisées qui impliquent le recours à des contributions financières (par exemple dans les règles de l'OMC et les règles de l'UE en matière d'aides d'État). Il paraît dès lors raisonnable de supposer que si les parties ont reçu une quelconque forme de contribution financière d'une autorité d'un pays tiers au cours des trois dernières années (ou devraient recevoir une contribution au cours de l'année à venir), elles le sauront.

L'autorité de surveillance compétente disposerait en outre d'outils de contrôle stricts (et donc dissuasifs) pour traiter les cas dans lesquels des acquéreurs ne notifieraient pas les acquisitions qui devraient l'être. Plus spécifiquement, les acquéreurs ne respectant pas l'obligation de notification s'exposeraient à des amendes importantes et pourraient être tenus de démanteler l'opération.

4.2.2.3 Seuils

Le cadre décrit ci-dessus peut comprendre des seuils permettant de mieux cibler les cas d'acquisitions subventionnées potentiellement problématiques. La valeur réelle de ces seuils dépendrait en particulier des options retenues en ce qui concerne la cible de l'UE, les éléments déclenchant l'obligation de notification et les autorités de surveillance compétentes (section 4.2.7).

Premièrement, la cible de l'UE - toute entreprise établie dans l'Union - pourrait être définie par référence à différents seuils, afin de veiller à couvrir toutes les acquisitions présentant un intérêt (autrement dit, une opération atteignant l'un de ces différents seuils serait examinée):

- un seuil qualitatif relatif à tous les actifs susceptibles de générer un chiffre d'affaires important dans l'Union à l'avenir³⁸ et/ou un seuil quantitatif fixé en rapport avec la valeur de l'opération;
- un seuil quantitatif fondé sur le chiffre d'affaires, qui pourrait être fixé par exemple à 100 millions d'EUR, mais d'autres valeurs, d'autres seuils ou d'autres approches pourraient être envisagés. D'une manière générale, un seuil de chiffre d'affaires plus bas élargit le champ d'application de tout nouvel instrument et risque de couvrir un nombre plus élevé de petites acquisitions potentiellement moins dignes d'intérêt. Inversement, un seuil de chiffre d'affaires plus élevé réduit la charge administrative inhérente au système de notification préalable, mais le risque est qu'il ne permette pas de couvrir des acquisitions potentiellement dignes d'intérêt.

Quel que soit le seuil retenu, celui-ci devra garantir l'équilibre entre efficacité et efficience.

Ensuite, le déclenchement de l'obligation de notification pour les acquisitions potentiellement subventionnées pourrait être limité uniquement aux acquisitions facilitées par un certain volume de contribution financière émanant d'autorités de pays tiers. Cela pourrait être le cas par exemple lorsque le montant total de la contribution financière reçue par l'entreprise acquéreuse au cours des trois années civiles précédant la notification est supérieur à un montant donné ou à un pourcentage donné du prix de l'acquisition. Ces critères constituant des événements déclencheurs, il convient de les définir clairement³⁹.

³⁸ Ce seuil pourrait être fixé compte tenu de l'intérêt qu'il y a à examiner des opérations concernant des entreprises disposant d'actifs critiques ou ayant un chiffre d'affaires peu élevé mais offrant d'importantes perspectives de croissance ou de développement technologique, lesquelles entreprises peuvent présenter un intérêt économique ou stratégique particulier.

³⁹ Comme indiqué plus haut, ce seuil de contribution financière viserait à adapter le champ d'application de l'instrument. En particulier, si un seuil de contribution financière plus faible est retenu, le champ d'application de l'instrument sera suffisamment large pour couvrir l'ensemble des acquisitions subventionnées potentiellement problématiques. Inversement, un seuil de contribution financière plus élevé pour le module 2 permettrait de

Enfin, la valeur de chacun de ces seuils dépendra probablement de l'autorité de surveillance chargée de la mise en œuvre du module 2. Les seuils mentionnés ci-dessus pourraient s'appliquer si la Commission était seule compétente pour la mise en œuvre du module 2. Toutefois, des seuils plus faibles peuvent se révéler plus appropriés dans le cas où la compétence serait partagée avec les États membres ou exercée de manière exclusive par ces derniers (voir la section 4.2.7), en ce qu'ils tiendraient compte de la taille plus réduite des économies des États membres par rapport à l'ensemble de l'économie de l'Union.

Outre les seuils quantitatifs indiqués décrits plus haut, il pourrait être envisagé d'ajouter certains critères qualitatifs pour obtenir un meilleur équilibre entre la détection de distorsions potentielles et une limitation de la charge pesant sur les entreprises et les autorités de surveillance.

4.2.3 Examen des distorsions liées à des acquisitions subventionnées

Les acquisitions subventionnées sont susceptibles de fausser les conditions de concurrence pour ce qui est des possibilités d'investissement dans le marché intérieur. Une telle distorsion consisterait par exemple en la possibilité pour un acquéreur subventionné de surenchérir face à ses concurrents en vue d'acquérir une entreprise. Cette capacité de surenchère fausse la répartition des capitaux et amoindrit les bénéfices potentiels de l'acquisition, par exemple en termes de gains d'efficacité.

La distorsion du marché intérieur due à la facilitation d'une acquisition au moyen de subventions étrangères constituerait la norme juridique sur la base de laquelle l'autorité de surveillance compétente examinerait l'acquisition. Autrement dit, une autorité de surveillance compétente devrait démontrer le fait qu'une acquisition serait facilitée par une subvention étrangère, ainsi que la distorsion du marché intérieur qui en résulterait.

Les subventions étrangères peuvent faciliter une acquisition soit directement, soit de fait. Les subventions facilitant directement l'acquisition sont des subventions accordées pour les besoins de celle-ci (lorsque le lien avec l'acquisition peut être établi). Compte tenu du préjudice grave qu'elles causent à l'égalité des conditions de concurrence pour les investissements, les subventions étrangères facilitant directement les acquisitions seraient normalement considérées comme créant des distorsions dans le marché intérieur.

Une facilitation de fait se produirait dans le cas où les subventions étrangères renforceraient la puissance financière de l'acquéreur. En cas de facilitation de fait, il convient d'examiner de manière plus approfondie les acquisitions subventionnées afin de déterminer si celles-ci faussent réellement ou potentiellement l'égalité des conditions de concurrence dans le marché intérieur.

Compte tenu du manque général de transparence concernant les subventions étrangères et de la complexité de la réalité commerciale, il peut s'avérer difficile d'établir clairement la distorsion due à des acquisitions subventionnées bien déterminées. Pour établir une telle distorsion, il paraît donc nécessaire d'utiliser un ensemble d'indicateurs relatifs à l'acquisition

limiter la charge administrative d'un système de notification préalable aux quelques acquisitions potentiellement subventionnées qui seraient les plus susceptibles d'être problématiques.

subventionnée et à la situation sur le marché en cause. Une liste non exhaustive d'indicateurs utiles pourrait comprendre les critères suivants:

- Le volume relatif de la subvention en question: plus le montant d'une subvention est élevé en termes relatifs, plus il est probable qu'il aura une incidence négative sur le marché intérieur.
- La situation du bénéficiaire: par exemple, plus la taille de la cible de l'UE ou de l'acquéreur est importante, plus il est probable que l'acquisition subventionnée génère des distorsions. De même, plus la capacité de production inutilisée de la cible de l'UE est importante, plus il est probable qu'une acquisition subventionnée génère des distorsions.
- La situation sur le(s) marché(s) en cause: à titre d'exemple, les acquisitions subventionnées dans le cadre desquelles la cible de l'UE est présente sur des marchés caractérisés par une surcapacité structurelle sont plus susceptibles que d'autres d'entraîner des distorsions. De même, les acquisitions subventionnées dans le cadre desquelles la cible de l'UE est présente sur des marchés caractérisés par un degré élevé de concentration sont plus susceptibles que d'autres d'entraîner des distorsions. De même, les subventions sur les marchés de haute technologie connaissant une croissance rapide seraient plus susceptibles d'engendrer des distorsions. L'existence d'offres concurrentes fait partie des aspects examinés pour établir si des distorsions sont générées dans le marché intérieur, sans être déterminante en soi.
- Le niveau d'activité des parties concernées dans le marché intérieur: les acquisitions subventionnées dans le cadre desquelles les parties, et notamment l'entreprise cible, exercent des activités limitées dans le marché intérieur par rapport à leur activité à l'échelle mondiale sont moins susceptibles de générer des distorsions dans celui-ci.

En outre, il faudra également s'intéresser à la possibilité pour l'autorité de surveillance nationale de tenir compte du fait que le bénéficiaire jouit, le cas échéant, d'un accès privilégié à son marché intérieur (grâce à des mesures équivalant à l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs), lui conférant un avantage concurrentiel artificiel susceptible d'être exploité par effet de levier dans le marché intérieur de l'UE et, de ce fait, exacerbant l'effet de distorsion d'une éventuelle subvention. Si l'autorité de surveillance compétente établit qu'une acquisition a été facilitée directement ou de fait par des subventions étrangères et a créé des distorsions dans le marché intérieur, elle peut imposer des mesures réparatrices, comme expliqué ci-dessous (voir la section 4.2.6).

4.2.4 Critère d'examen de l'intérêt de l'Union

Tout comme dans le cadre du module 1, la distorsion établie serait mise en balance avec l'incidence positive que l'investissement pourrait avoir dans l'UE ou sur les intérêts d'ordre public reconnus par l'Union (voir la section 4.1.4).

4.2.5 Procédure

Le module 2 établit un système de notification en deux étapes.

Dans un premier temps, les acquéreurs seraient tenus de soumettre une note d'information succincte à l'autorité de surveillance compétente. Cette note contiendrait les informations essentielles dont l'autorité de surveillance compétente aurait besoin pour identifier les opérations potentiellement problématiques impliquant des subventions étrangères. Elle pourrait par exemple comprendre, tant pour l'entreprise acquéreuse que pour l'entreprise cible, une partie ou la totalité des éléments suivants:

- des renseignements d'ordre juridique, concernant notamment la propriété et la gouvernance;
- des informations sur le financement;
- des informations sur le chiffre d'affaires des trois dernières années (dans l'UE et dans le monde);
- la description de l'activité (dans l'UE et dans le monde);
- le financement de l'opération;
- les principales sources de financement global de l'acquéreur;
- les contributions financières reçues d'autorités de pays tiers pour les besoins de l'opération;
- toute contribution financière reçue d'autorités de pays tiers au cours des trois dernières années;
- des informations sur les autres candidats à l'acquisition de la cible au cours des trois dernières années, y compris toute offre reçue dans le cadre de la procédure de vente de la cible.

Un résumé succinct du projet d'acquisition pourrait être publié pour permettre aux parties prenantes de formuler des observations dans un délai déterminé.

Dans le cadre d'un système de notification préalable, un délai de suspension s'appliquerait: les acquéreurs ne pourraient pas clôturer l'opération pendant [x] jours ouvrables après réception de la notification complète par l'autorité de surveillance compétente. Pour préserver l'intégrité du système d'enquête et de notification préalable, le délai de suspension pourrait au besoin être prolongé dans la mesure où les parties ne fourniraient pas des informations exactes en temps opportun.

Au cours de cette période, l'autorité de surveillance compétente examinerait les informations communiquées et pourrait décider, dans un second temps, d'ouvrir une enquête approfondie si elle dispose de suffisamment d'éléments tendant à démontrer que l'entreprise acquéreuse pourrait avoir bénéficié de subventions étrangères facilitant l'acquisition.

Si l'autorité de surveillance compétente n'ouvre pas d'enquête approfondie, les parties seraient autorisées à clôturer l'opération à l'issue du délai de suspension initial postérieur à la notification, sans préjudice des autres obligations juridiques (relevant notamment du contrôle des concentrations ou du filtrage des IDE dans l'UE, s'il y a lieu). En outre, sur demande dûment justifiée de l'acquéreur, le délai de suspension initial pourrait être levé - ou l'acquéreur autorisé à clôturer l'opération sans devoir attendre l'expiration du délai - par l'autorité de surveillance compétente.

En cas d'ouverture d'une enquête approfondie par l'autorité de surveillance compétente, le délai de suspension serait prolongé: les parties ne pourraient pas clôturer l'opération avant [x] jours ouvrables suivant la réception des informations complètes par l'autorité de surveillance

compétente. Comme lors de la phase préliminaire, le délai de suspension pourrait être prolongé si nécessaire pour préserver l'intégrité du système d'enquête et de notification préalable.

À la fin de l'enquête approfondie, trois issues seraient possibles:

- Premièrement, l'autorité de surveillance compétente pourrait conclure à l'absence de distorsion (résultant de la facilitation d'une acquisition) et décider de ne pas s'opposer à une acquisition.
- Deuxièmement, l'autorité de surveillance compétente pourrait adopter une décision d'autorisation sous conditions rendant juridiquement contraignants les engagements offerts par l'acquéreur. Ces mesures correctives auraient à remédier de manière effective à la distorsion résultant de l'acquisition facilitée.
- Troisièmement, l'autorité de surveillance compétente pourrait adopter une décision interdisant l'opération envisagée si elle constate que les subventions étrangères facilitent l'acquisition et entraînent une distorsion dans le marché intérieur à laquelle il ne peut être remédié au moyen des engagements offerts.

Afin de garantir l'efficacité du système de notification préalable obligatoire et d'éviter tout contournement des règles, l'autorité de surveillance compétente pourrait, si l'acquéreur ne notifie pas une acquisition soumise à l'obligation de notification, ouvrir une enquête d'office concernant une acquisition relevant du champ d'application du module 2.

L'autorité de surveillance compétente pourrait également ouvrir une procédure administrative pour infraction aux règles de procédure, par exemple s'il y a des raisons de penser que les données transmises par les parties comprenaient des informations trompeuses ou incomplètes, s'il existe des éléments indiquant que des engagements contraignants n'ont pas été correctement mis en œuvre ou si une opération n'a pas été notifiée alors qu'elle aurait dû l'être. Les sanctions en cas d'infraction aux règles de procédure devraient avoir un effet dissuasif⁴⁰.

La procédure établirait donc les mécanismes nécessaires pour rassembler les informations utiles, lesquels prendraient la forme de sanctions strictes en cas de communication d'informations incomplètes ou incorrectes, et d'une obligation de suspension empêchant la mise en œuvre de l'acquisition avant l'adoption d'une décision par la Commission.

4.2.6 *Mesures réparatrices*

L'acquéreur peut offrir des engagements suffisants pour remédier aux distorsions causées par les subventions étrangères, et l'autorité de surveillance compétente rendrait ces engagements contraignants pour l'acquéreur dans sa décision si elle les juge efficaces.

À cet égard, la section 4.1.6 relative aux mesures réparatrices relevant du module 1 s'appliquerait en principe mutatis mutandis. Il peut toutefois y avoir quelques différences entre les deux modules à ce propos. Des paiements réparateurs et des obligations de transparence risquent dans la pratique de constituer des mesures réparatrices moins efficaces

⁴⁰ Ces amendes sanctionnent des infractions aux règles de procédure et leur montant peut donc être supérieur au montant déterminé des subventions.

dans le cadre du module 2. C'est la raison pour laquelle les engagements porteront probablement sur des mesures correctives structurelles.

4.2.7 Autorités de surveillance

La présente section examine le cadre institutionnel à mettre en place pour remédier aux effets des subventions étrangères dans le marché intérieur. Elle aborde la mesure dans laquelle les compétences peuvent être attribuées au niveau de l'UE ou au niveau des États membres ou peuvent être partagées entre les deux niveaux.

Un système de contrôle ex ante des acquisitions fondé sur des notifications est plus complexe à partager entre plusieurs autorités de contrôle que les systèmes tels que ceux mis en place dans le cadre du module 1, notamment en raison de contraintes de temps importantes. Cela nécessiterait de mettre en place plusieurs mécanismes administratifs pour traiter les notifications dans des délais courts, de définir des seuils appropriés pour chaque autorité de contrôle et de mettre en place des systèmes de renvoi complexes qui seraient applicables lorsque les seuils n'aboutissent pas à une répartition appropriée des affaires. Il peut également devenir plus difficile d'assurer une cohérence entre les autorités de contrôle.

Compte tenu de ce qui précède, il est suggéré que la Commission puisse être exclusivement compétente pour mettre en œuvre le module 2 assorti de la notification préalable des acquisitions. Ce système centralisé au niveau de l'UE entraînerait une réduction des coûts globaux des activités de contrôle, tant pour les autorités publiques que pour les entreprises, et à une sécurité juridique accrue. Un tel système garantirait notamment l'exercice d'un contrôle fondé sur le principe du guichet unique dans toute l'UE pour les acquisitions dépassant certains seuils et éviterait aux entreprises de devoir traiter simultanément avec plusieurs autorités d'États membres pour une seule acquisition subventionnée. Il permettrait également d'éviter que les États membres ne soient tenus de reproduire 27 cadres administratifs ex ante centralisés similaires, en particulier alors que l'expérience acquise n'est pas encore suffisante pour déterminer le nombre d'acquisitions pour lesquelles l'incidence négative des subventions étrangères pourrait être avérée. Les États membres seraient associés au moyen d'un mécanisme d'information à l'ouverture et pendant la durée de la procédure de la Commission et seraient consultés sur les décisions finales prises à la suite d'enquêtes approfondies.

Si le module 2 est combiné au module 1, les États membres pourraient en tout état de cause procéder à un examen d'office des acquisitions, même en deçà des seuils fixés dans le module 2, ce qui garantirait un système efficace de contrôle des subventions étrangères impliquant des coûts administratifs globaux limités pour le contrôle exercé par les autorités publiques.

4.3 Subventions étrangères dans les marchés publics (module 3)

4.3.1 Introduction

La mise en place d'un marché unique des marchés publics constitue l'une des avancées majeures du marché intérieur. La publication des appels d'offres à l'échelle de l'UE garantit la transparence et ouvre des perspectives aux entreprises de l'UE et des pays tiers. Les règles de l'UE en matière de marchés publics garantissent des conditions équitables à tous les opérateurs économiques en concurrence pour des projets soumis à des procédures de passation de marchés dans l'UE et leur permettent d'accéder aux marchés publics sur un pied d'égalité.

Dans la procédure de passation des marchés publics, les critères d'attribution, par exemple les critères sociaux ou environnementaux, les spécifications techniques et/ou les conditions d'exécution du marché, peuvent contribuer à garantir des conditions de concurrence égales.

L'encadrement des marchés publics repose sur d'autres instruments de l'UE destinés à lutter contre d'éventuelles distorsions de la concurrence et à maintenir, dans la pratique, des conditions de concurrence égales. Ainsi, par exemple, le contrôle des aides d'État permet de veiller à ce que les soumissionnaires ne bénéficient pas d'aides d'État qui soient incompatibles avec le marché intérieur de l'UE et susceptibles de fausser la concurrence dans une procédure spécifique de passation de marché.

Ce module, qui devrait être mis en œuvre au moyen d'un instrument juridique approprié (voir la section 4.3.3.3), rend possible l'examen des subventions étrangères dans le cadre de procédures particulières de passation de marchés. Les acheteurs publics de l'UE seraient tenus d'exclure des procédures de passation de marchés les opérateurs économiques ayant perçu des subventions étrangères génératrices de distorsions. Ce nouveau motif d'exclusion pourrait s'appliquer à la procédure en question mais peut également entraîner l'exclusion des procédures ultérieures, pour autant que certaines conditions soient réunies. Le champ d'application de ce motif d'exclusion sera défini à la lumière des obligations internationales de l'UE au titre de l'accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP) et de divers accords bilatéraux permettant un accès aux marchés publics de l'UE.

4.3.2 Distorsions provoquées par des subventions étrangères dans le cadre des procédures de passation des marchés publics

Un examen portant tout spécialement sur les distorsions dans les marchés publics viserait à préserver des conditions de concurrence égales dans ce domaine spécifique. Par conséquent, alors que l'existence de la subvention étrangère (l'existence de la contribution financière et de l'avantage qu'elle procure) serait déterminée selon les mêmes principes que ceux décrits à l'annexe I du présent livre blanc, l'absence ou la présence de l'effet de la subvention étrangère serait évaluée dans le cadre d'une procédure spécifique de passation de marché. Il convient de déterminer si la subvention étrangère facilite la participation à la procédure de passation de marché, c'est-à-dire si elle permet à l'opérateur économique qui en bénéficie de participer à la procédure, au détriment d'entreprises non subventionnées. Ainsi, les subventions étrangères dans les marchés publics peuvent fausser la procédure de passation de marché, soit directement, en établissant un lien explicite entre la subvention et un projet de marché public donné, soit indirectement, en augmentant de fait la puissance financière du bénéficiaire. Lorsque cela permet au bénéficiaire de présenter une offre qui, sans la subvention, serait économiquement moins viable, en particulier si l'offre est sensiblement inférieure au prix du marché ou au coût, on peut présumer l'existence d'une distorsion. Dans d'autres cas, la distorsion peut être examinée selon les principes et les critères énoncés à la section 4.1.3 pour autant qu'ils soient pertinents et permettent de démontrer que la subvention étrangère facilite la participation à la procédure de passation de marché⁴¹.

⁴¹ Afin que les pouvoirs adjudicateurs puissent procéder à une appréciation uniforme de la distorsion, il est envisagé de leur proposer une méthode/des orientations uniformes.

4.3.3 Procédure

4.3.3.1 Ouverture de la procédure

Les opérateurs économiques qui prennent part à des procédures de passation de marchés devraient, au moment de la présentation de leur offre, notifier au pouvoir adjudicateur si eux, ainsi que les éventuels membres de leur consortium ou les sous-traitants et les fournisseurs le cas échéant, ont perçu une contribution financière au sens de l'annexe I au cours des trois années précédant la participation à la procédure et s'il est prévu qu'ils perçoivent une telle contribution financière durant l'exécution du marché.

Pour ne traiter que les subventions étrangères dans les marchés publics qui sont susceptibles de fausser la procédure de passation de marché et pour limiter la charge administrative pesant sur les acheteurs publics et les autorités de surveillance compétentes, des seuils et des conditions de notification supplémentaires pourraient être introduits:

- la période de subvention en cause pourrait être limitée, par exemple à une période de [trois] années civiles précédant la date de la notification et incluant l'année suivant l'exécution prévue du marché;
- la notification ne pourrait être exigée qu'au-dessus d'une certaine valeur de contribution financière étrangère;
- un seuil pourrait être défini, qui serait supérieur aux seuils fixés pour l'application des directives sur les marchés publics.

L'introduction de ces conditions et de ces seuils aurait pour but de cibler l'instrument sur les cas les plus significatifs. D'une manière générale, un seuil de notification plus bas et l'absence des conditions mentionnées ci-dessus élargiraient le champ d'application de l'instrument et risqueraient de couvrir un plus grand nombre de participations potentiellement moins dignes d'intérêt aux procédures de passation de marchés. À l'inverse, un seuil de notification plus élevé incluant les conditions énumérées ci-dessus réduit la charge administrative d'un système de notification préalable, mais peut ne plus couvrir toutes les procédures susceptibles de présenter un intérêt. Pour les offres subventionnées soumises dans le cadre de procédures de passation de marchés qui n'entrent pas dans le champ d'application du module 3, il reste possible de se référer au module 1 dans la mesure où ces offres faussent la concurrence sur le marché intérieur.

D'une manière générale, la notification devrait contenir les informations nécessaires pour déterminer si l'opérateur économique bénéficie de subventions étrangères dans la procédure de passation du marché. Une notification complète devra contenir au moins les éléments suivants:

- des renseignements d'ordre juridique, portant notamment sur la structure de propriété et de gouvernance du soumissionnaire, et sur la perception éventuelle de contributions financières étrangères par des membres d'un consortium et des sous-traitants et fournisseurs ;
- les principales sources de financement global de l'offre;
- le montant total des contributions financières étrangères perçues au cours des trois dernières années;

- les contributions financières étrangères perçues spécialement aux fins de la participation à la procédure de passation de marché;
- les contributions financières étrangères qui seront perçues durant l'exécution prévue du marché.

Après s'être assuré que la notification était complète, le pouvoir adjudicateur transmettrait celle-ci à l'autorité de surveillance compétente (voir section 4.3.3.2 ci-dessous) afin d'examiner les informations et d'évaluer l'existence d'une subvention étrangère. Pour des raisons de transparence, les notifications seraient publiées.

Des outils de contrôle stricts et dissuasifs devraient être mis en place pour traiter les cas dans lesquels les opérateurs économiques ne respecteraient l'obligation de notification ou présenteraient des informations incorrectes. En particulier, le non-respect de l'obligation de notification pourrait être sanctionné par le pouvoir adjudicateur par des amendes élevées et, dans les cas extrêmes, par une exclusion de la procédure de passation de marché ou la résiliation d'un contrat en cours.

Une obligation de notification préalable en cas de participations subventionnées à des procédures de passation de marchés exigerait un certain degré d'auto-évaluation de la part des opérateurs économiques. Ceux-ci devront déterminer dans quelle mesure ils bénéficient de contributions financières étrangères en vue d'établir s'il y a lieu de notifier la soumission de l'offre impliquant une contribution financière. Une telle auto-évaluation comporte un risque majeur d'erreur et de contournement délibéré des règles de la part des opérateurs économiques, étant donné qu'ils peuvent ne pas connaître l'existence d'une contribution financière ou ne pas souhaiter en faire état aux pouvoirs adjudicateurs.

Les tiers et les concurrents sont donc autorisés à informer le pouvoir adjudicateur qu'une notification aurait dû être effectuée dans le cadre de la procédure. Les informations ainsi communiquées doivent être étayées et apporter des éléments de preuve *prima facie* de la nécessité de la notification.

4.3.3.2 Enquête de l'autorité de surveillance compétente et interaction avec la procédure de passation de marché en cours

Il est suggéré, comme dans le module 1, que tant la Commission que les autorités nationales se voient octroyer des compétences et que le système assure aussi la coordination dans un souci de cohérence. La coopération entre la Commission et les autorités de surveillance nationales pourrait être similaire à celle existant en matière de pratiques anticoncurrentielles conformément au règlement (CE) n° 1/2003⁴².

Dès la réception d'une notification complète, le pouvoir adjudicateur transmet celle-ci à l'autorité de surveillance compétente de l'État membre afin que cette dernière examine les informations et évalue l'existence d'une subvention étrangère. Il peut aussi alerter l'autorité de surveillance nationale dans les cas où il dispose d'éléments suffisamment plausibles indiquant qu'un soumissionnaire a perçu une subvention étrangère qu'il n'a pas notifiée.

⁴² Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1).

L'enquête s'effectuera en deux étapes, à savoir un examen préliminaire et une enquête approfondie. Au cours de l'examen préliminaire, l'autorité de surveillance nationale cherchera à obtenir les informations nécessaires sur l'existence d'une subvention étrangère et sur les conditions dans lesquelles celle-ci a été accordée. Si, dans le cadre de l'examen préliminaire, l'autorité de surveillance nationale conclut qu'il n'existe aucune subvention étrangère, elle informe le pouvoir adjudicateur de cette conclusion et du fait qu'elle n'a pas l'intention d'ouvrir une enquête approfondie. Par contre, si l'autorité de surveillance nationale conclut, lors de l'examen préliminaire, à l'existence possible d'une subvention étrangère, elle ouvre une enquête approfondie pour confirmer son existence. Dans les deux cas, l'autorité de surveillance nationale informe la Commission, le pouvoir adjudicateur ainsi que les autorités de surveillance compétentes des autres États membres au moyen d'une note de synthèse.

Au terme de la procédure approfondie, l'autorité de surveillance nationale peut soit parvenir à la conclusion qu'il n'existe aucune subvention étrangère dans le cadre de la procédure de passation de marché, soit établir l'existence d'une subvention étrangère (voir la section 4.3.3.3). Toutefois, dans les deux cas, et avant de communiquer cette conclusion au pouvoir adjudicateur, l'autorité de surveillance nationale informe la Commission d'un projet de décision, veillant ainsi à ce que la décision de l'autorité nationale soit prise en étroite coopération avec la Commission.

L'examen doit faire en sorte que les procédures de passation de marchés aient le moins de retard possible. Des délais stricts seraient donc introduits, tels qu'un maximum de [15] jours ouvrables pour l'examen préliminaire par l'autorité de surveillance nationale et [pas plus de 3 mois] pour un examen approfondi. Si la Commission, lorsqu'elle est informée de la décision finale, ne partage pas l'avis de l'autorité de surveillance nationale, le délai de l'examen approfondi est prolongé.

Au cours de l'enquête, le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer le marché à l'opérateur économique visé par celle-ci⁴³. Pour le reste, la procédure de passation de marché se poursuit. Par conséquent:

- dès la notification et sa transmission à l'autorité de surveillance compétente, le pouvoir adjudicateur devrait poursuivre l'évaluation des offres;
- il peut déterminer l'opérateur économique auquel le marché serait attribué sur la base de l'évaluation ne tenant pas compte d'une éventuelle subvention étrangère générant des distorsions;
- si cet opérateur économique ne fait pas l'objet d'une enquête, le pouvoir adjudicateur peut lui attribuer le marché et conclure la procédure de passation de marché. Il en informe alors l'autorité de surveillance compétente;
- si l'opérateur économique auquel le marché doit être attribué fait l'objet d'une enquête, la procédure de passation de marché devra être suspendue jusqu'à ce que

⁴³ Il pourrait être envisagé de lever la suspension dans des circonstances précises clairement définies, permettant ainsi au pouvoir adjudicateur de poursuivre la procédure malgré l'examen en cours. Ces circonstances précises pourraient concerner, en particulier, des situations d'urgence ou des risques financiers liés au financement nécessaire d'un projet. Dans de tels cas, les intérêts de l'enquête devront être mis en balance avec les risques associés aux conséquences, financières ou autres, que les retards dans la procédure pourraient entraîner. Des lignes directrices énonçant des règles claires concernant la levée de la suspension pourraient être élaborées.

l'autorité de surveillance compétente ait terminé l'examen de la subvention étrangère et ait communiqué son avis au pouvoir adjudicateur.

4.3.3.3 Mesures réparatrices

Si l'autorité de surveillance confirme, dans son examen, que l'opérateur économique a reçu une subvention étrangère, le pouvoir adjudicateur déterminerait si cette subvention a faussé la procédure de passation du marché public. Si c'est le cas, il exclura cet opérateur économique de la procédure de passation de marché en cours.

Il peut également être envisagé d'exclure cet opérateur économique des procédures de passation de marchés à venir pour une durée maximale de [3] ans. Au cours de cette période, l'opérateur économique aura la possibilité de démontrer que lorsqu'il participe à une procédure de passation de marché public, il ne bénéficie plus d'une subvention étrangère générant des distorsions et qu'il peut, dans ce cas, participer aux procédures de passation de marchés à venir.

Plus précisément:

- si l'autorité de surveillance conclut à l'absence de subvention étrangère dans le cadre de la procédure de passation de marché, elle communiquera cette conclusion au pouvoir adjudicateur par voie de décision. Dans ce cas, l'opérateur économique concerné ne sera pas exclu de la procédure de passation de marché public par le pouvoir adjudicateur (à moins que ce dernier ne trouve un nouveau motif d'exclusion, autre que l'existence d'une subvention étrangère générant des distorsions, en vertu de la législation de l'UE sur les marchés publics);
- par ailleurs, si l'autorité de surveillance conclut à l'existence d'une subvention étrangère, elle communiquera cette conclusion au pouvoir adjudicateur, qui détermine ensuite, sur la base d'une méthode uniforme⁴⁴, si cette subvention a faussé la procédure de passation de marché public et, si tel est le cas, impose des mesures de réparation à l'opérateur ayant reçu la subvention. Les mesures réparatrices applicables aux procédures de passation de marchés consistent à exclure le soumissionnaire ayant reçu la subvention de la procédure de passation du marché public en cours et, potentiellement, à l'exclure aussi des futures procédures de passation de marchés publics devant cette autorité pendant une période déterminée.

L'introduction de ce motif d'exclusion vise à garantir des conditions de concurrence équitables entre les soumissionnaires qui bénéficient d'aides d'État et ceux qui bénéficient de subventions étrangères. Le cadre actuel de la passation de marchés publics ne contient pas de motif d'exclusion spécifique pour les bénéficiaires d'aides d'État incompatibles avec les règles de l'UE⁴⁵. Afin de garantir un traitement non discriminatoire et équitable, les effets de ce motif d'exclusion pour les entreprises faisant l'objet de procédures en matière d'aides d'État devront être pris en compte.

⁴⁴ Cette méthode pourrait être définie dans des orientations conçues pour garantir une pratique d'évaluation uniforme des distorsions dans l'ensemble de l'UE.

⁴⁵ Comme indiqué à la section 3.3, les règles actuelles de l'UE sont limitées à la possibilité de rejeter une offre anormalement basse lorsque le bas niveau du prix s'explique par l'octroi d'une aide d'État.

La décision ferait l'objet de recours.

4.3.4 Subventions étrangères dans le cadre d'une passation de marché effectuée conformément à des accords intergouvernementaux

Certains marchés, concernant plus particulièrement des projets d'infrastructure importants, pourraient être organisés dans le cadre d'accords intergouvernementaux conclus avec des pays qui ne sont pas soumis au régime de passation de marchés de l'UE. Les procédures d'appel d'offres prévues par de tels accords dérogent à la législation de l'UE relative aux marchés publics, dans les conditions prévues par l'article 9 de la directive 2014/24/UE⁴⁶. L'accord intergouvernemental doit avoir pour objet la réalisation ou l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires, et le régime de passation de marché prévu par l'accord doit être compatible avec le traité UE. En ce qui concerne les passations de marchés couvertes par les directives sur les marchés publics, il n'existe pas de contrôle spécifique des subventions étrangères et de leurs effets de distorsion sur la passation de marchés au titre de ces accords. Pour garantir des conditions de concurrence équitables également pour les marchés publics visés par de tels accords, il est recommandé d'appliquer l'approche suggérée également aux marchés publics visés par ces accords. En raison de la nature spécifique de ces accords, l'autorité de surveillance compétente devrait être, dans ces cas-là, la Commission.

5 SUBVENTIONS ÉTRANGÈRES DANS LE CADRE DU FINANCEMENT DE L'UE

5.1 Définition du problème

Lorsqu'ils font appel au soutien financier de l'UE, les opérateurs économiques devraient bénéficier de conditions de concurrence équitables, quels que soient les instruments concernés (pour les politiques tant intérieures qu'extérieures) et les modes de mise en œuvre de l'Union. Le financement de l'UE ne devrait pas contribuer à favoriser les entreprises ayant reçu des subventions étrangères générant des distorsions au détriment d'autres entreprises.

Dans le cadre de la gestion partagée, certains États membres et certains soumissionnaires ont attiré l'attention de la Commission sur des offres de prix particulièrement basses présentées par des entreprises de pays tiers dans des procédures de passation de marchés. Les problèmes rencontrés dans les procédures de passation de marchés et décrits aux sections 3.3 et 4.3 sont également pertinents dans le cadre de la gestion partagée.

Les moyens appropriés pour remédier à la distorsion possible des conditions de concurrence causée par des subventions étrangères en cas de financement par l'UE dans le cadre de procédures d'attribution doivent faire l'objet d'une évaluation approfondie en fonction de la nature spécifique de l'instrument et des coûts sous-jacents par rapport à l'effet escompté des mesures.

Dans le domaine des marchés publics, le pouvoir adjudicateur sollicite, sur le marché, des offres de biens et de services auprès d'opérateurs économiques. Les subventions étrangères

⁴⁶ Et par l'article 20 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO L 94 du 28.3.2014, p. 243).

favorisant certains soumissionnaires peuvent fausser le processus de passation de marché. Au-delà de l'attribution proprement dite, pour autant qu'elle soit affectée par des subventions étrangères, tout financement versé dans le cadre d'une procédure de passation de marché pourrait fausser la concurrence et nuire au maintien de conditions de concurrence équitables dans le marché intérieur.

Les opérateurs économiques établis dans l'UE qui sont détenus ou contrôlés en dernier ressort par une société ou un gouvernement d'un pays tiers sont autorisés à participer aux procédures de financement de l'UE (à moins qu'elles ne se trouvent dans une situation d'exclusion). Les entreprises établies en dehors de l'UE ont, elles aussi, le droit de participer aux procédures de passation de marchés lancées par les institutions de l'UE si un accord conclu avec le pays tiers concerné dans le domaine des marchés publics leur en donne le droit.

Dans les deux cas, les subventions étrangères permettent à ces opérateurs économiques soit de soumettre une offre anormalement basse, soit de faire une offre de prix inférieure à celle des autres soumissionnaires, entravant ainsi la concurrence. Le risque que des subventions étrangères faussent les procédures de passation de marchés est donc présent, quel que soit le lieu d'établissement de l'opérateur économique.

Dans les procédures d'octroi de subventions, à la différence des procédures de passation de marchés, l'Union contribue à un projet ou à un programme qui met en œuvre les objectifs poursuivis par les politiques de l'Union. Ces activités concernent généralement le soutien aux ONG, aux autorités publiques ou quasi publiques, aux activités de base dans le domaine de la recherche et du développement, etc., au moyen d'une contribution destinée à rembourser partiellement les coûts supportés par des entités exerçant des activités non marchandes ou préalables à la mise sur le marché. En ce qui concerne les fonds de l'UE mis en œuvre dans le cadre d'une gestion indirecte, l'UE confie l'exécution du budget à divers partenaires, dont des organismes de droit public de pays tiers et des organisations internationales, y compris des institutions financières internationales. Si l'objectif devrait être que tous les moyens de décaissement des fonds de l'Union soient soumis à des mesures équivalentes pour éviter les effets de distorsion causés par les subventions étrangères, certaines entités chargées de l'exécution sont soumises à des contraintes de gouvernance et peuvent donc ne pas être en mesure de mettre pleinement en œuvre les politiques spécifiques de l'UE.

Par conséquent, à ce stade, ce sont les marchés publics qui bénéficient de l'ébauche la plus avancée des mesures possibles; c'est en effet dans ce domaine que la question des effets sur la concurrence loyale est la plus aiguë et où une grande convergence de vues existe avec les considérations générales en matière de passation de marchés (module 3 ci-dessus).

Les parties prenantes sont également invitées à formuler des observations sur la manière dont les considérations relatives aux subventions étrangères contenues dans le présent livre blanc pourraient être traitées dans le cas des subventions (quel que soit le mode de gestion) ou de la gestion indirecte.

5.2 Cadre et mesures destinées à combler l'écart

5.2.1 Gestion directe

5.2.1.1 Passation de marché

Les règles relatives à l'accès aux procédures de passation de marchés énoncées dans le règlement financier s'appliquent à toutes les institutions de l'UE chargées de l'exécution du budget de l'UE⁴⁷.

Dans les cas où s'applique l'accord multilatéral sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, une procédure de passation de marché sera ouverte aux opérateurs économiques établis dans les pays qui ont ratifié ledit accord, dans les conditions définies par celui-ci. L'AMP donne accès à certaines procédures de passation de marchés lancées par la Commission, le Service européen pour l'action extérieure et le Conseil pour leur propre compte.

Les entités établies dans certains pays tiers peuvent se voir accorder l'accès à un financement de l'UE au moyen d'accords spéciaux ou bilatéraux⁴⁸. Les opérateurs économiques établis dans les pays couverts par l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) bénéficient d'un accès intégral aux marchés publics de l'UE.

Le budget de l'UE devrait être dépensé conformément au principe de bonne gestion financière: chaque opérateur économique devrait avoir la possibilité de présenter la meilleure offre pour le budget de l'UE et de bénéficier de conditions de concurrence équitables pour l'obtention d'un financement de l'UE.

En ce qui concerne la procédure de passation de marchés en gestion directe dans l'UE, le règlement financier prévoit que les mêmes normes que celles imposées aux pouvoirs adjudicateurs couverts par les directives sur les marchés publics s'appliquent. Un instrument juridique adopté pour traiter spécifiquement le problème des subventions étrangères générant des distorsions serait également repris pour les marchés passés par les institutions de l'UE ou reproduit dans le règlement financier. Certaines dérogations à cette règle (par exemple en ce qui concerne les règles de nationalité et d'origine) s'appliquent aux marchés publics dans le cadre de l'action extérieure de l'UE.

La question des subventions étrangères devrait être traitée en adaptant les motifs d'exclusion dans le cadre juridique révisé applicable aux institutions de l'UE. Par conséquent, un soumissionnaire ayant reçu des subventions étrangères générant des distorsions devrait être exclu des procédures de passation de marchés en cours et à venir pendant un certain temps. Un système d'obligation de notification préalable devrait être mis en place pour des types particuliers de marchés (par exemple, au-dessus de certains seuils ou dans des secteurs

⁴⁷ Ces règles se reflètent également dans le modèle de cahier des charges publié sur Budgweb que doivent utiliser l'ensemble des services de la Commission.

⁴⁸ Conformément à l'article 176, paragraphe 1, du règlement financier, «[l]a participation aux procédures de passation de marchés est ouverte, à égalité de conditions, à toutes les personnes physiques et morales relevant du champ d'application des traités et à toutes les personnes physiques et morales établies dans un pays tiers qui a conclu avec l'Union un accord particulier dans le domaine des marchés, dans les conditions prévues par un tel accord. Elle est également ouverte aux organisations internationales.»

spécifiques – voir ci-dessous). Au moment de présenter leur offre, tous les soumissionnaires devraient indiquer, tout en notifiant cette dernière, si eux, ainsi que les éventuels membres de leur consortium ou les sous-traitants et les fournisseurs le cas échéant, ont perçu une contribution financière au sens de l'annexe I au cours des trois années précédant la participation à la procédure et s'il est prévu qu'une telle contribution financière soit perçue durant l'exécution du marché. En règle générale, les étapes de la procédure devraient être adaptées de manière appropriée à celles qui sont prévues pour la passation de marchés par les pouvoirs adjudicateurs nationaux à la section 4.3 ci-dessus.

Lorsque l'existence d'une subvention étrangère est constatée, il sera alors examiné si cette dernière fausse la procédure de passation du marché, auquel cas le soumissionnaire est exclu de la procédure.

En outre, pour les dépenses importantes et les marchés des hautes technologies, à forte intensité de capital ou à croissance rapide, les pouvoirs adjudicateurs peuvent mener des consultations préalables des marchés. Cet outil est déjà prévu par le règlement financier⁴⁹ et devrait être utilisé pour récolter des informations sur les marchés et leurs principaux acteurs. Cela permettrait au pouvoir adjudicateur d'adapter la procédure et de prévenir d'éventuelles distorsions que des subventions étrangères pourraient entraîner.

5.2.1.2 Subventions

Les subventions sont des contributions financières directes prélevées sur le budget de l'UE et octroyées à un tiers exerçant des activités concourant à la réalisation des politiques de l'Union.

Selon la nature du programme, les règles en matière de subventions comportent généralement des conditions régissant la participation d'entités de pays tiers. Par exemple, l'éligibilité à un financement est régulièrement subordonnée à l'établissement dans un pays de l'EEE/AELE ou dans un pays ayant conclu un accord spécifique avec l'UE.

Ainsi, des demandeurs établis dans l'UE et dans des pays tiers peuvent être en concurrence pour l'obtention de subventions.

Les problèmes découlant de l'octroi de subventions étrangères peuvent être réglés au moyen des critères d'exclusion dans le respect des dispositions prévues pour les marchés publics à la section 5.2.1.1. Lorsqu'ils soumettent leur proposition, les demandeurs devraient indiquer à l'autorité chargée de l'octroi s'ils ont reçu une subvention étrangère. Des seuils similaires à ceux examinés à la section 4.3.3.1 pourraient s'appliquer⁵⁰.

Le pouvoir adjudicateur chargé de la procédure devrait transmettre la notification à l'autorité de surveillance afin d'évaluer l'existence d'une subvention étrangère. Des délais de procédure seront nécessaires pour garantir l'efficacité du processus. Si l'autorité de surveillance a rendu une décision sur l'existence d'une subvention étrangère générant des distorsions, il

⁴⁹ Voir l'article 166, paragraphe 1, du règlement financier.

⁵⁰ Les conditions ci-dessous sont tirées, mutatis mutandis, de la section du livre blanc consacrée aux marchés publics. Toutefois, les subventions sont soumises au principe du cofinancement, qui requiert des contributions financières de tiers dans un certain nombre de cas. Dans de tels cas, les subventions doivent être évaluées en tenant compte de cette exigence spécifique dans le cadre de la procédure d'octroi.

conviendrait d'examiner la question de savoir si la subvention étrangère fautive ou est susceptible de fausser la procédure d'octroi de la subvention.

À titre d'exemple, au moment de présenter leur demande de subvention de l'UE, les demandeurs présentant des budgets assortis de coûts devraient indiquer s'ils ont perçu une contribution financière au sens de l'annexe I au cours des trois années précédant la participation à la procédure et s'il est prévu qu'une telle contribution financière soit perçue durant l'exécution du marché. Lorsque l'existence d'une subvention étrangère est constatée, il sera alors examiné si cette dernière fautive la procédure d'attribution, auquel cas le demandeur est exclu de la procédure.

Les adaptations du système décrites ci-dessus pourraient être envisagées pour les scénarios ayant une incidence sur l'octroi de subventions, par exemple pour les consortiums de recherche dont la majorité des participants sont établis dans l'UE.

5.2.2 *Gestion partagée*

5.2.2.1 Passation de marché

Dans le cadre de la gestion partagée, la responsabilité de l'exécution du budget de l'UE est partagée entre la Commission et les États membres.

Les fonds les plus importants sont actuellement les fonds relevant de la politique agricole commune (Fonds européen agricole de garantie et Fonds européen agricole pour le développement rural⁵¹) et les Fonds structurels et d'investissement européens («Fonds ESI»).

Les Fonds ESI sont un outil d'investissement essentiel de l'UE, ayant permis la mise à disposition de 350 000 000 000 EUR pour la période 2014-2020 dans le cadre de la politique de cohésion [au titre du Fonds européen de développement régional («FEDER»), du Fonds de cohésion et du Fonds social européen] afin de soutenir le rattrapage économique et la compétitivité de manière sociale, inclusive et respectueuse de l'environnement.

L'utilisation des Fonds ESI au cours de la période de programmation actuelle est régie par le règlement portant dispositions communes⁵² («RDC») et les règlements spécifiques à chaque fonds qui s'y rattachent. Des programmes similaires sont prévus pour la prochaine période (2021-2027) du cadre financier pluriannuel; en outre, la reprise de l'économie européenne à la suite de la crise économique provoquée par la pandémie de COVID-19 sera soutenue par de nouveaux programmes financés par Next Generation EU et faisant l'objet d'une gestion partagée (la facilité pour la reprise et la résilience et REACT UE)⁵³.

⁵¹ Le Feader fait partie des Fonds ESI.

⁵² Règlement (UE) n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, et abrogeant le règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil (JO L 347 du 20.12.2013, p. 320).

⁵³ Voir la communication de la Commission intitulée «L'heure de l'Europe: réparer les dommages et préparer l'avenir pour la prochaine génération», https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_940.

Dans le cadre de la gestion partagée, la question de la participation d'entreprises bénéficiant de subventions étrangères à des projets cofinancés par exemple par le FEDER ou le Fonds de cohésion se pose surtout dans le cadre des procédures de passation de marchés, lorsqu'une autorité publique bénéficiaire du financement de l'UE lance un appel d'offres pour, par exemple, un investissement majeur dans des infrastructures. Ces procédures sont soumises aux règles des États membres en matière de marchés publics transposant la directive 2014/24/UE. Environ la moitié des fonds relevant de la politique de cohésion, soit plus de 200 000 000 000 EUR (avec les cofinancements nationaux) au cours de la période de financement actuelle, sont mobilisés par les autorités nationales et régionales dans le cadre de procédures de passation de marchés publics.

Les questions soulevées dans le cadre de ces procédures de passation de marchés publics menées par les autorités nationales sont celles décrites aux sections 3.3 et 4.3 et les mesures mises en place pour traiter les subventions étrangères en vertu des règles généralement applicables en matière de marchés publics devraient également s'appliquer afin d'éviter que les financements de l'UE déployés dans le cadre de marchés publics contribuent à générer des distorsions dans le marché intérieur.

5.2.2.2 Subventions

Les mêmes principes que ceux énoncés à la section 5.2.1.2 s'appliqueraient mutatis mutandis aux subventions octroyées dans le cadre de la gestion partagée.

5.2.3 *Gestion indirecte*

En ce qui concerne les fonds de l'UE mis en œuvre dans le cadre d'une gestion indirecte, l'UE confie l'exécution du budget à divers partenaires chargés de la mise en œuvre, dont des organismes de droit public de pays tiers et des organisations internationales, y compris des institutions financières internationales à condition que celles-ci assurent un niveau équivalent de protection vérifié des intérêts financiers de l'Union. De plus en plus de fonds de l'UE sont distribués sous la forme de garanties budgétaires visant à mobiliser les investissements privés (par exemple au titre de l'EFSI, d'InvestEU, du FEDD). Le plan de relance renforce encore ces instruments, et dans le cadre d'InvestEU, propose d'investir dans des chaînes de valeur clés qui sont essentielles pour la résilience et l'autonomie stratégique futures de l'Europe. Il appartiendra aux organes de gouvernance compétents et à la législation secondaire de fixer les exigences nécessaires en ce qui concerne le contrôle des intermédiaires (fonds, entités ad hoc et autres), dans le strict respect du cadre juridique. Ces exigences pourraient éventuellement englober les questions relatives à la perception de subventions étrangères.

En ce qui concerne les financements extérieurs (hors UE), il existe un vif intérêt pour que les règles des institutions financières internationales chargées de la mise en œuvre des projets soutenus par le budget de l'UE, telles que la BEI ou la BERD, adoptent la même approche en matière de subventions étrangères que celle présentée dans le présent livre blanc.

Lorsque les partenaires chargés de la mise en œuvre bénéficient d'un soutien financier de l'UE, ils pourraient être invités à améliorer leurs politiques en matière de marchés publics afin de traiter les offres anormalement basses pouvant être dues à des subventions étrangères, et à faire régulièrement rapport à la Commission européenne sur la manière dont ils traitent ces dossiers dans la pratique. En parallèle avec la consultation publique à laquelle donne lieu le présent livre blanc, la Commission engagera avec ces partenaires un dialogue allant dans ce

sens. La mise en œuvre par certaines entités chargées de l'exécution des objectifs poursuivis par les politiques de l'UE peut nécessiter des aménagements spécifiques, compte tenu des contraintes de gouvernance qui leur sont propres.

6 INTERACTION AVEC D'AUTRES INSTRUMENTS EUROPÉENS ET INTERNATIONAUX

Comme décrit dans l'analyse des lacunes, des chevauchements sont possibles entre les instruments européens et internationaux existants, d'une part, et les nouvelles mesures concernant les subventions étrangères, d'autre part. Il est dès lors important de déterminer la relation et l'interaction entre les différents instruments.

La base juridique de toute proposition d'instruments législatifs concernant les subventions étrangères dépendra de l'objectif et du contenu spécifique de ces instruments. En tout état de cause, tout nouvel instrument serait soumis au strict respect des traités (et en particulier au respect des libertés fondamentales prévues par les traités, notamment la liberté d'établissement pour les entreprises établies dans l'UE – articles 49 et 54 du TFUE – et la libre circulation des capitaux entre les États membres et les pays tiers, protégée par l'article 63 du TFUE). Il devra également être conforme aux obligations internationales de l'UE [notamment celles prévues par l'accord général de l'OMC sur le commerce des services (AGCS), l'accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP), l'accord de l'OMC relatif aux subventions et aux mesures compensatoires (ASMC) et les accords de libre-échange (ALE) conclus par l'Union européenne avec un grand nombre de pays].

6.1 Règlement de l'UE sur les concentrations

L'UE dispose d'un système de contrôle des concentrations inscrit dans le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil⁵⁴, qui prévoit un système de notification préalable et d'autorisation en cas de changement du contrôle des entreprises dont le chiffre d'affaires réalisé dans l'UE dépasse certains seuils. Les concentrations sont déclarées compatibles avec le marché intérieur uniquement dans la mesure où elles n'entravent pas de manière significative une concurrence effective. Si les subventions peuvent être prises en compte lors de l'appréciation, par exemple, de la solidité financière de l'entité issue de la concentration par rapport à ses concurrents, l'analyse de l'entrave significative à l'exercice d'une concurrence effective se concentre sur la structure de la concurrence sur un marché donné et non sur l'existence ou les effets de subventions étrangères en tant que telles. Compte tenu de son objectif différent, un nouvel instrument complèterait donc le règlement sur les concentrations. Si une acquisition donnée devait être notifiée à la fois en application de ce nouvel instrument et du règlement sur les concentrations, les notifications et éventuelles appréciations respectives seraient traitées en parallèle, mais séparément pour chacun de ces instruments.

6.2 Règles de l'UE en matière d'ententes et d'abus de position dominante

L'UE dispose d'un système de règles en matière d'ententes et d'abus de position dominante inscrit aux articles 101 et 102 du TFUE, qui interdit les pratiques concertées entre entreprises

⁵⁴ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 24 du 29.1.2004, p. 1.

ayant pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché intérieur ainsi que les abus de position dominante. Des dérogations peuvent être accordées à l'interdiction des pratiques concertées lorsque, sous certaines conditions, elles contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. Si les règles en matière d'ententes et d'abus de position dominante portent sur tous les types de comportement anticoncurrentiel sur le marché, elles ne tiennent pas compte du fait que le comportement sur le marché est lié à des subventions octroyées soit par un État membre soit par les autorités d'un pays tiers. Un nouvel instrument viendrait donc compléter les règles actuelles de l'UE en matière d'ententes et d'abus de position dominante en mettant particulièrement l'accent sur les distorsions du fait de subventions étrangères⁵⁵.

6.3 Règles de l'UE en matière d'aides d'état

L'UE dispose d'un système de contrôle des aides d'État inscrit aux articles 107 et 108 du TFUE, qui s'applique lorsqu'une aide financière est accordée par un État membre de l'UE à une entreprise ou à un groupe d'entreprises et que cela conduit à l'existence d'un avantage faussant la concurrence et affectant les échanges entre États membres. Un nouvel instrument serait donc distinct des règles de l'UE en matière d'aides d'État en ce qu'il ne s'appliquerait que si le soutien financier sous la forme d'une subvention est octroyé par des pays tiers.

6.4 Règles en matière de passation des marchés publics

Le cadre existant de l'UE en matière de marchés publics ne comporte pas de règles spécifiques en ce qui concerne la participation d'opérateurs économiques bénéficiant de subventions étrangères. Le présent livre blanc propose un module spécifique relatif aux distorsions dans le cadre des marchés publics. L'objectif est d'avoir un instrument juridique ciblé qui garantit des conditions de concurrence équitables dans le marché intérieur. Cet objectif spécifique ferait de cet instrument un complément du cadre existant de l'UE en matière de marchés publics.

L'adoption d'un instrument juridique introduirait la possibilité d'exclure les soumissionnaires subventionnés d'une procédure de passation de marchés publics en cours. À cet effet, un nouveau motif légal d'exclusion serait introduit, en complément des motifs d'exclusion énumérés dans les directives sur les marchés publics. L'exclusion par le pouvoir adjudicateur serait susceptible d'un réexamen sur la base des règles nationales, conformément aux dispositions des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE concernant les procédures de recours⁵⁶.

6.5 L'accord de l'OMC relatif aux subventions et aux mesures compensatoires

La définition d'une subvention au sens de l'accord SCM est sensiblement la même que la définition d'une subvention qui figure dans l'annexe et pourrait être intégrée dans un nouvel instrument. Une exception concerne les contributions financières sous la forme d'un achat de services. Toutefois, l'accord SMC ne couvre que les importations subventionnées de produits

⁵⁵ Un nouvel instrument sur les subventions étrangères serait applicable sans préjudice des règles actuelles en matière de pratiques anticoncurrentielles et de concentrations.

⁵⁶ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (JO L 335 du 20.12.2007, p. 31).

en provenance de pays tiers. Il ne s'applique donc pas aux subventions concernant le commerce des services et liées à l'établissement et à l'exploitation d'entreprises dans l'Union qui bénéficient de subventions étrangères et qui ne supposent aucun échange de biens.

6.6 Instruments de défense commerciale – protection contre les importations subventionnées

La législation de l'UE en matière de subventions et de mesures compensatoires se fonde sur les règles énoncées dans l'accord SMC. Lorsque des biens sont importés dans l'UE et qu'il existe des éléments de preuve suffisants tendant à démontrer qu'ils bénéficient de subventions étrangères passibles de mesures compensatoires, une enquête antisubventions peut être ouverte⁵⁷.

En règle générale, les enquêtes sont déclenchées par une plainte déposée par l'industrie de l'Union européenne qui fabrique le même produit que celui importé dans l'UE. Dans certaines circonstances, la Commission a toutefois également la possibilité d'ouvrir une enquête d'office⁵⁸. L'enquête déterminera i) l'existence de subventions qui profitent aux importations en provenance d'un pays tiers; ii) le préjudice réel ou la menace de préjudice pour une industrie de l'Union en concurrence avec les importations; iii) un lien de causalité entre les importations subventionnées et le préjudice; et iv) si l'adoption de mesures correctives est dans l'intérêt de l'UE. Si les conditions énoncées ci-dessus sont remplies, la Commission impose des mesures compensatoires, normalement équivalentes au montant des subventions établies pour les importations.

Les propositions d'instruments juridiques pertinentes, qui seront formulées en conformité avec les obligations découlant de l'accord SMC, et en particulier de son article 32, paragraphe 1, seraient complémentaires des instruments de défense commerciale de l'UE. Le règlement antisubventions de l'Union permet à celle-ci de prendre des mesures contre des importations subventionnées de produits en provenance d'un pays tiers mais pas contre des subventions liées au commerce de services et à l'établissement et à l'exploitation d'entreprises dans l'Union qui bénéficient de subventions étrangères et ne supposent aucun échange de biens. En revanche, un nouvel instrument couvrirait l'octroi, à des entreprises, de subventions entraînant des distorsions dans le marché intérieur. La Commission pourrait toutefois user de l'expérience acquise dans le cadre d'une affaire de défense commerciale pour fonder son appréciation et déterminer, par exemple, si une subvention étrangère existe dans le cadre de ce nouvel instrument.

6.7 Règlement sur le filtrage des IDE

Le règlement sur le filtrage des IDE s'applique à tout investissement direct étranger dans l'UE susceptible d'avoir une incidence sur la sécurité ou l'ordre public. Une enquête est ouverte soit par une notification d'un État membre faisant savoir qu'un investissement direct étranger fait l'objet d'un filtrage dans le cadre d'un mécanisme national de filtrage, soit par la

⁵⁷ Règlement (UE) 2016/1037 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de l'Union européenne (JO L 176 du 30.6.2016, p. 55).

⁵⁸ Même si le cas ne se présente pas dans les faits, étant donné que la Commission ne dispose généralement pas des éléments démontrant le préjudice causé à une industrie nationale de l'Union.

Commission ou par un État membre qui introduit d'office une demande de renseignements au sujet d'un investissement direct étranger ne faisant pas l'objet d'un filtrage.

L'évaluation doit viser à déterminer si un investissement direct étranger est susceptible de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public. Le règlement sur le filtrage des IDE dresse une liste non exhaustive de facteurs susceptibles d'être pris en considération, tels que les effets potentiels sur les infrastructures critiques, les technologies critiques, l'approvisionnement en intrants essentiels, l'accès à des informations sensibles et la liberté et le pluralisme des médias. Il est également possible de tenir compte d'éléments supplémentaires, comme le contrôle direct ou indirect de l'investisseur par le gouvernement d'un pays tiers, la participation passée de l'investisseur à des activités portant atteinte à la sécurité ou à l'ordre public dans un État membre, ou le risque grave de voir l'investisseur étranger exercer des activités illégales ou criminelles. Pour déterminer si un investisseur est contrôlé ou non par le gouvernement d'un pays tiers, divers indicateurs peuvent être utilisés, parmi lesquels le fait que l'investisseur ait bénéficié d'un appui financier significatif. Toutefois, ce n'est là que de l'un des indicateurs possibles à prendre en compte et celui-ci n'équivaut pas à l'introduction d'un contrôle des subventions étrangères au titre du règlement sur le filtrage des IDE, comme le prévoirait la proposition d'instruments juridiques pertinente.

Ce nouveau régime juridique serait complémentaire du règlement sur le filtrage des IDE. Premièrement, alors que le règlement sur le filtrage des IDE permet d'évaluer les menaces qui pèsent sur la sécurité et l'ordre public, un éventuel nouvel instrument évalue les distorsions potentielles sur le marché intérieur. Deuxièmement, si le règlement sur le filtrage des IDE se concentre sur les actifs critiques tels que les infrastructures critiques, les technologies critiques ou l'approvisionnement en intrants essentiels (du fait que le règlement met l'accent sur les investissements susceptibles de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public), un nouvel instrument ne serait en principe pas limité à ceux-ci. Troisièmement, si le règlement sur le filtrage des IDE vise tous les types d'investissements directs étrangers, un éventuel nouvel instrument serait déclenché par des subventions étrangères qui peuvent être liées ou non à un investissement.

Un chevauchement avec le module 2 (et éventuellement avec le module 1) peut se produire si un investissement direct étranger consiste en une acquisition facilitée par une subvention étrangère et qu'il suscite des questions en matière de sécurité et d'ordre public. Cela peut conduire à des procédures parallèles dans le cadre desquelles une acquisition bénéficiant d'un soutien étranger est notifiée aux pouvoirs publics compétents à la fois au titre du mécanisme de filtrage des IDE et au titre d'un nouvel instrument concernant les subventions étrangères. L'application parallèle du règlement sur le filtrage des IDE et d'un nouvel instrument se ferait de manière indépendante, les objectifs poursuivis par l'un et par l'autre étant différents.

6.8 Accords commerciaux bilatéraux

L'UE est partie à différents accords de libre-échange (ALE). Il peut s'agir aussi bien d'accords commerciaux qui visent principalement à supprimer ou à limiter les droits de douane applicables aux marchandises que d'accords d'union douanière, voire d'accords offrant un accès élargi au marché intérieur. Dans le contexte de l'élargissement, l'UE a conclu des accords de stabilisation et d'association. Dans ses accords internationaux, l'UE applique grosso modo deux approches différentes aux subventions: l'«approche OMC+» (accord SMC assorti d'une interdiction supplémentaire des subventions les plus préjudiciables,

d'obligations de transparence et d'une consultation bilatérale) et l'«approche aides d'État» (règles similaires aux règles de l'UE en matière d'aides d'État).

Dans les deux approches, et en fonction de l'accord concerné, des chevauchements avec un nouvel instrument sont possibles. L'approche «OMC+» permet en principe d'identifier les subventions ayant une incidence négative sur le commerce et les investissements entre les parties contractantes. Une subvention qui relève de l'un des accords suivant une approche OMC+ pourrait donc, en principe, relever aussi de l'éventuel nouvel instrument (par exemple, un pays tiers accorde une subvention à une entreprise nationale et grâce à cette subvention, cette entreprise acquiert une entreprise de l'UE; la subvention serait alors, en principe, couverte à la fois par l'accord commercial et par le nouvel instrument). Dans l'«approche aides d'État», de tels chevauchements sont également possibles, étant donné que les accords respectifs permettent d'identifier les aides d'État ayant une incidence sur les échanges entre les deux parties contractantes (par exemple, un pays tiers accorde une aide d'État à un prestataire de services étranger qui possède également un établissement dans l'UE; l'aide d'État serait alors, en principe, couverte à la fois par l'accord commercial et par l'éventuel nouvel instrument). Dans le cas de tels chevauchements, si au cours d'une action menée au titre de l'éventuel nouvel instrument, il apparaît plus adéquat de traiter la distorsion créée par la subvention étrangère sous l'angle des dispositions en matière de règlement des différends ou en matière de consultation de l'accord commercial pertinent, l'action au titre de l'éventuel nouvel instrument pourrait être suspendue. L'action pourrait reprendre pour imposer des mesures de réparation ou adopter des engagements dans deux cas de figure différents: 1) le règlement du différend au titre de l'accord commercial a été conclu et a permis d'établir l'existence d'une infraction, mais la partie contrevenante ne prend aucune mesure corrective; 2) au cours des 12 mois qui ont suivi la suspension de l'action, la distorsion causée par la subvention étrangère n'a pas été supprimée.

6.9 L'accord sur les marchés publics et le volet «marchés publics» des accords de libre-échange (ALE)

L'accord sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) permet aux opérateurs des 19 autres partenaires membres de l'OMC de soumissionner pour certains marchés publics dans l'UE et aux entreprises européennes de soumissionner pour des marchés de ces 19 autres partenaires. En outre, plusieurs ALE contiennent des volets «marchés publics» spécifiques. L'AMP et les volets «marchés publics» des ALE ne s'appliquent pas automatiquement à l'ensemble des marchés publics des parties. Les listes correspondant au champ d'application déterminent les entités publiques devant se soumettre aux règles des accords, ainsi que la mesure dans laquelle leurs marchés publics sont ouverts à la participation des opérateurs économiques des autres parties de l'AMC et des partenaires des ALE. Seuls les marchés publics dont le montant est supérieur aux valeurs de seuil indiquées dans les listes correspondant au champ d'application de chaque partie sont couverts. L'exclusion des soumissionnaires selon l'instrument proposé pour la passation des marchés publics devra garantir la compatibilité avec les engagements de l'UE en ce qui concerne le marché public visé, en particulier l'article VIII de l'AMC et les autres dispositions similaires des ALE.

6.10 Règles sectorielles: préserver la concurrence dans les transports aériens et maritimes⁵⁹

Le règlement (UE) 2019/712 permet à la Commission de mener des enquêtes et d'adopter des mesures réparatrices si elle constate des pratiques qui faussent la concurrence par la discrimination ou au moyen de subventions entre les transporteurs aériens de l'UE et ceux de pays tiers ou qui causent ou menacent de causer un préjudice aux transporteurs aériens de l'UE.

L'enquête est ouverte s'il existe des éléments de preuve *prima facie* attestant de l'existence d'une pratique faussant la concurrence, d'un préjudice ou d'une menace de préjudice pour les transporteurs de l'UE. La détermination du «préjudice» suppose l'examen i) de la situation des transporteurs aériens de l'UE concernés et ii) de la situation générale sur les marchés de services de transport aérien affectés.

Il est proposé d'exclure du champ d'application de tout nouvel instrument les situations relevant du règlement (UE) 2019/712.

Le règlement (CEE) n° 4057/86⁶⁰ permet à la Commission de mener une enquête et d'adopter des mesures réparatrices si elle constate l'existence de pratiques faussant la concurrence dans les transports maritimes et découlant de l'octroi d'avantages non commerciaux à des armateurs ressortissants de pays tiers par un État non membre de l'UE.

L'enquête est ouverte soit à la suite d'une plainte, soit lorsqu'un État membre dispose d'éléments de preuve attestant de l'existence de pratiques tarifaires déloyales et du préjudice en résultant. L'examen du préjudice porte sur la tarification proposée par les concurrents des armateurs de l'UE et l'incidence de cette tarification, analysée à la lumière de différents indicateurs économiques.

Il est proposé d'exclure du champ d'application de tout nouvel instrument les situations relevant du règlement (CEE) n° 4057/86.

7 CONSULTATION PUBLIQUE

La Commission invite les parties prenantes à faire part de leurs observations sur les propositions présentées dans le livre blanc dans le cadre d'une consultation publique ouverte, disponible à l'adresse suivante: https://ec.europa.eu/info/consultations_fr. Afin de structurer les réponses des parties prenantes, l'annexe II comprend un questionnaire auxquels ces dernières sont invitées à répondre.

⁵⁹ Eu égard aux règles sectorielles, le règlement (UE) 2016/1035 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les pratiques préjudiciables en matière de prix dans la construction navale (JO L 176 du 30.6.2016) permet à l'Union de prendre des mesures à l'encontre de tout navire ayant fait l'objet de pratiques préjudiciables en matière de prix dont la vente au-dessous de la valeur normale cause un préjudice à l'industrie de l'Union. Bien qu'officiellement entré en vigueur, ce règlement n'a jamais été appliqué, son application étant subordonnée à la ratification par les États-Unis de l'accord de l'OCDE sur la construction navale.

⁶⁰ Règlement (CEE) n° 4057/86 du Conseil du 22 décembre 1986 relatif aux pratiques tarifaires déloyales dans les transports maritimes, JO L 378 du 31.12.1986, p. 14.

La consultation est ouverte jusqu'au 23 septembre 2020. Il est d'usage que la Commission publie les observations reçues à la suite d'une consultation publique. Les auteurs peuvent cependant demander que leurs observations demeurent confidentielles en tout ou partie. Si tel est votre souhait, veuillez indiquer clairement sur la page de couverture de votre contribution que celle-ci ne doit pas être rendue publique, et adresser à la Commission une version non confidentielle destinée à la publication.

ANNEXE I: DÉFINITION DE LA NOTION DE «SUBVENTION ÉTRANGÈRE»

Aux fins du présent livre blanc, on entend par «subvention étrangère» une contribution financière octroyée par un gouvernement ou un organisme public d'un pays tiers⁶¹, qui confère un avantage à son bénéficiaire⁶² et qui est limitée, en droit ou en fait, à une entreprise ou une industrie individuelle ou à un groupe d'entreprises ou d'industries.

Les subventions étrangères ne relèveraient d'un nouvel instrument juridique que dans la mesure où elles causent directement ou indirectement des distorsions au sein du marché intérieur. La définition actuelle couvre donc i) les subventions étrangères octroyées directement aux entreprises établies dans l'UE; ii) les subventions étrangères octroyées à une entreprise établie dans un pays tiers dans lequel une telle subvention est utilisée par une partie liée établie dans l'UE; et iii) les subventions étrangères octroyées à une entreprise établie dans un pays tiers dans lequel une telle subvention est utilisée pour faciliter l'acquisition d'une entreprise de l'UE ou participer à des procédures de passation de marchés publics.

La contribution financière peut prendre différentes formes, comme par exemple:

- le transfert de fonds ou de passifs (apports en capital, subventions, prêts, garanties de prêts, incitations fiscales, compensation de pertes d'exploitation, compensation de charges financières imposées par les autorités publiques, annulation ou rééchelonnement de dettes);
- l'abandon ou la non-perception de recettes publiques, comme un traitement fiscal préférentiel, ou des incitations fiscales, telles que des crédits d'impôts;
- la fourniture ou l'achat de biens ou de services.

Pour déterminer si une contribution financière confère un avantage à une entreprise ou à une industrie, en fonction du type de contribution financière, il convient de tenir compte des pratiques habituelles des investisseurs privés en matière d'investissement, des taux de financement pouvant être obtenus sur le marché⁶³ et de la rémunération adéquate établie pour un bien ou un service donné. Si aucun critère de référence directement comparable n'est disponible, il peut être procédé à l'ajustement des critères de référence existants⁶⁴ ou à la détermination de conditions de marché sur la base de méthodes d'évaluation généralement acceptées⁶⁵. Aux fins du présent livre blanc, il est présumé que des subventions étrangères inférieures à un seuil de 200 000 EUR octroyées à une entreprise sur une période de trois ans ne créent pas de distorsions sur le marché intérieur.

⁶¹ Selon cette définition, une entité privée investie de fonctions en principe confiées au gouvernement ou dont la direction est assurée par le gouvernement du pays tiers peut aussi octroyer une «subvention étrangère».

⁶² Le bénéficiaire peut être une entreprise établie dans l'UE ou dans un pays tiers.

⁶³ Un financement octroyé à une entreprise de l'UE en euros devrait être comparé à des critères de référence applicables au marché de l'UE et pertinents aux fins d'un tel financement en euros. Un financement octroyé à une entreprise dans un pays tiers devrait être comparé à des critères de référence applicables à ce marché.

⁶⁴ Par exemple, si un critère de référence existant peut être appliqué à un financement dont l'échéance est plus courte, ce critère peut toujours être utilisé comme point de départ à condition d'ajuster l'échéance du prêt.

⁶⁵ Communication de la Commission relative à la notion d'«aide d'État» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO C 262 du 19.7.2016, p. 1).

La notion de «subvention étrangère» qui est proposée s'appuie sur la définition de la notion de subvention figurant dans le règlement antisubventions de l'UE⁶⁶ et dans le règlement de l'UE visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien⁶⁷. Ces définitions reposent également sur la définition de la notion de subvention telle qu'elle figure dans les règles pertinentes de l'OMC, et en particulier dans l'accord SMC, mais reconnaissent qu'une subvention peut être octroyée directement ou indirectement à une entreprise exerçant des activités dans l'UE. La principale différence réside dans le fait qu'une subvention étrangère est une contribution financière bénéficiant directement ou indirectement à une entreprise dans l'UE qui propose des biens ou de services ou qui réalise des investissements, tandis que les subventions relevant des deux règlements et de l'accord SMC sont généralement octroyées à des bénéficiaires en dehors de l'UE.

La définition permet aussi à la Commission de s'appuyer sur des constatations concernant les instruments de défense commerciale en application du règlement antisubventions de l'UE et du règlement de l'UE visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien (pour de plus amples informations, voir la section 6 intitulée «Interaction avec d'autres instruments européens»).

⁶⁶ Règlement (UE) 2016/1037 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de l'Union européenne (JO L 176 du 30.6.2016, p. 55).

⁶⁷ Règlement (UE) 2019/712 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 visant à préserver la concurrence dans le domaine du transport aérien, et abrogeant le règlement (CE) n° 868/2004 (JO L 123 du 10.5.2019, p. 4).

ANNEXE II: QUESTIONNAIRE

Veillez répondre aux questions ci-après dans le cadre de la consultation publique sur le présent livre blanc lancée sur le [site web de l'UE consacré aux enquêtes](#).

Introduction

1. Veuillez vous présenter et expliquer les raisons pour lesquelles vous souhaitez prendre part à la présente consultation publique.

Questions concernant les trois modules

Questions générales

1. Selon vous, est-il nécessaire de mettre en place de nouveaux instruments juridiques afin de remédier aux distorsions du marché intérieur résultant des subventions octroyées par les autorités de pays tiers («subventions étrangères»)? Veuillez préciser votre réponse et fournir des exemples de distorsions passées découlant de subventions étrangères.
2. Selon vous, le cadre présenté dans le livre blanc permet-il de remédier adéquatement aux distorsions causées par les subventions étrangères sur le marché intérieur? Veuillez préciser votre réponse.

Module 1

1. Selon vous, le module 1 permet-il de remédier adéquatement aux distorsions du marché intérieur résultant de subventions étrangères octroyées à des entreprises dans l'UE?
2. Êtes-vous d'accord avec la procédure exposée dans le livre blanc, à savoir la procédure d'enquête comprenant deux étapes, les outils d'enquête de l'autorité compétente, etc. (voir la section 4.1.5 du livre blanc)?
3. Êtes-vous d'accord avec les critères d'évaluation sur le fond (section 4.1.3) et la liste des mesures réparatrices (section 4.1.6) exposés dans le livre blanc?
4. Selon vous, est-il utile d'inclure un critère d'examen de l'intérêt de l'Union en ce qui concerne les objectifs de politique publique (section 4.1.4)? Quels éléments ce critère devrait-il inclure?
5. Selon vous, le module 1 devrait-il aussi couvrir les acquisitions subventionnées (par exemple, celles dont le montant est inférieur au seuil fixé dans le cadre du module 2) (section 4.1.2)?
6. Selon vous, un seuil minimum (*de minimis*) devrait-il être appliqué lors de l'examen des subventions étrangères dans le cadre du module 1? Dans l'affirmative, êtes-vous d'accord avec la manière dont il est présenté dans le livre blanc (section 4.1.3)?
7. Selon vous, les compétences en matière de mise en œuvre devraient-elles être partagées entre la Commission et les États membres (section 4.1.7)?

Module 2

1. Selon vous, le module 2 permet-il de remédier adéquatement aux distorsions du marché intérieur résultant de subventions étrangères facilitant l'acquisition d'entreprises établies dans l'UE (cibles de l'UE)?
2. Êtes-vous d'accord avec la procédure du module 2, à savoir le système de notification obligatoire ex ante, la procédure d'enquête en deux étapes, les outils d'enquête de l'autorité compétente, etc. (voir la section 4.2.5 du livre blanc)?
3. Êtes-vous d'accord avec la portée du module 2 (section 4.2.2) en ce qui concerne
 - la définition de la notion d'acquisition;
 - la définition de la notion de cible de l'UE et les seuils proposés (section 4.2.2.3);
 - la définition de la notion d'acquisition potentiellement subventionnée?
 En ce qui concerne les seuils, veuillez donner votre point de vue sur les seuils appropriés.
4. Selon vous, le module 2 devrait-il inclure une obligation de notification s'appliquant à l'ensemble des acquisitions de cibles de l'UE ou uniquement aux acquisitions potentiellement subventionnées (section 4.2.2.2)?
5. Êtes-vous d'accord avec les critères d'évaluation de fond du module 2 (section 4.2.3) et la liste de mesures réparatrices (section 4.2.6) présentés dans le livre blanc?
6. Selon vous, est-il utile d'inclure un critère d'examen de l'intérêt de l'Union en ce qui concerne les objectifs de politique publique (section 4.2.4)? Quels éléments ce critère devrait-il inclure?
7. Selon vous, la responsabilité en matière de mise en œuvre dans le cadre du module 2 devrait-elle incomber à la Commission (section 4.2.7)?

Module 3

1. Selon vous, est-il nécessaire de remédier spécifiquement aux distorsions résultant de subventions étrangères dans le contexte particulier des procédures de passation de marchés publics? Veuillez préciser votre réponse.
2. Selon vous, le cadre proposé dans le livre blanc concernant la passation des marchés publics permet-il de remédier adéquatement aux distorsions causées par des subventions étrangères dans le cadre de procédures de passation de marchés publics? Veuillez préciser votre réponse.
3. Selon vous, l'interaction prévue entre les pouvoirs adjudicateurs et les autorités de surveillance, en ce qui concerne par exemple la question de savoir si la subvention étrangère fausse la procédure de passation des marchés publics visée, est-elle adéquate?
4. Selon vous, convient-il d'examiner, dans le contexte de la passation des marchés publics et des subventions étrangères, d'autres aspects que ceux abordés dans le livre blanc?

Interaction entre les modules 1, 2 et 3

1. Selon vous,
 - a. le module 1 devrait-il être appliqué en tant que module autonome?
 - b. le module 2 devrait-il être appliqué en tant que module autonome?
 - c. le module 3 devrait-il être appliqué en tant que module autonome?

- d. les modules 1,2 et 3 devraient-ils être combinés et mis en œuvre conjointement?

Questions concernant les subventions étrangères dans le cadre des financements de l'UE

1. Selon vous, des mesures supplémentaires sont-elles nécessaires pour remédier aux distorsions potentielles du marché intérieur résultant des subventions octroyées par les autorités de pays tiers dans le contexte spécifique des financements de l'UE? Veuillez préciser votre réponse.
2. Selon vous, le cadre des financements de l'UE présenté dans le livre blanc permet-il de remédier adéquatement aux distorsions potentielles causées par les subventions étrangères dans ce contexte? Veuillez préciser votre réponse.