

NOTE DES AUTORITÉS FRANÇAISES

Objet : Réponse des autorités françaises à la consultation sur le Livre blanc de la Commission européenne relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères

Introduction

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

Le renforcement des instruments de l'Union européenne (UE) visant à garantir un cadre de concurrence équitable (*level playing field*) aux entreprises européennes constitue une priorité des autorités françaises. L'ouverture commerciale de l'UE doit en effet nécessairement s'accompagner d'une action déterminée pour lutter contre les déséquilibres concurrentiels liés aux pratiques déloyales de certains pays tiers, qui portent atteinte aux intérêts de ses entreprises. La France a régulièrement affirmé son soutien aux initiatives de la Commission dans ce domaine. Elle a également appelé, avec l'Allemagne, la Pologne et l'Italie, à la modernisation du droit européen de la concurrence, notamment en matière de contrôle des subventions étrangères.

Au plan international, la France soutient également la Commission dans ses travaux en format trilatéral avec le Japon et les États-Unis sur la modernisation des règles de l'OMC sur les subventions industrielles. Le renforcement de la boîte à outils européenne en matière de subventions étrangères constituerait un levier supplémentaire pour progresser dans ce domaine au niveau multilatéral.

Les autorités françaises accueillent donc favorablement la publication du Livre blanc de la Commission et souhaitent que ses orientations soient rapidement déclinées dans une proposition législative de la Commission sur de nouveaux instruments ambitieux.

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.

L'UE dispose actuellement de différents instruments dans le domaine de la politique de la concurrence, de la politique commerciale et dans le champ des marchés publics qui peuvent

contribuer, chacun dans leur domaine, à garantir des conditions de concurrence équitables aux entreprises de l'UE.

Cet arsenal législatif européen ne permet toutefois pas de pleinement corriger les distorsions engendrées dans l'Union par les soutiens publics octroyés par des États tiers à des entreprises actives dans le marché intérieur, ou par l'ouverture sélective aux entreprises européennes des marchés locaux de ces États tiers, qui constitue une forme de soutien implicite à leurs entreprises nationales, potentiellement actives dans le marché intérieur.

En matière de concurrence, les règles de l'UE concernant les aides d'État ne couvrent que les aides accordées par les États membres. Dans sa pratique décisionnelle, la Commission européenne n'a, jusqu'alors, que très marginalement pris en considération les distorsions de concurrence qui pouvaient être provoquées soit par des pratiques déloyales d'États tiers soumises à des procédures anti-dumping au plan international¹, soit par des comportements susceptibles d'appauvrir le niveau d'innovation par un *lock-in* technologique² dans le secteur de la microélectronique, qui est particulièrement exposé à la concurrence internationale et hautement intensif en investissements et en innovation. La prise en compte, dans ces deux décisions, déjà anciennes, des effets de distorsion de la concurrence, n'était que très ténue dans la mesure où les effets négatifs provoqués par les subventions reçues des États tiers par les concurrents étrangers des entreprises européennes n'entraient pas en ligne de compte dans la mise en balance des effets positifs et négatifs de l'aide sur le marché affecté. Les propositions contenues dans le Livre blanc constituent dès lors une avancée significative par rapport à la pratique décisionnelle actuelle.

Par ailleurs, le contrôle des concentrations ne permet pas à la Commission d'intervenir contre l'acquisition d'une entreprise européenne au seul motif que l'acheteur a bénéficié de subventions étrangères ou d'une position privilégiée sur son marché domestique.

Dans le domaine de la politique commerciale, les instruments de défense commerciale (IDC) traitent des subventions qui influent sur le prix des produits importés dans l'Union mais ne permettent pas de couvrir tous les effets potentiels des subventions déloyales accordées par des pays tiers. Dans le champ des marchés publics, les règles européennes permettent aux autorités nationales de restreindre l'accès des entreprises de certains pays tiers à leurs marchés publics et leur imposent de rejeter les offres anormalement basses, mais ces dispositifs sont complexes et ne visent pas, en tant que tels, à s'attaquer aux offres issues d'entreprises étrangères subventionnées ou protégées sur leur marché local (et donc bénéficiant d'une rente de situation).

Pour les autorités françaises, la réponse à la problématique des effets distorsifs des soutiens publics d'États tiers se situe à trois niveaux :

(i) la promotion d'un agenda ambitieux de réforme des règles multilatérales encadrant les subventions : les travaux menés dans le cadre du groupe trilatéral États-Unis-UE-Japon sur un meilleur encadrement des subventions industrielles, qui ont abouti à la déclaration ministérielle du 14 janvier 2020, devraient à ce titre être élargis rapidement à d'autres membres de l'OMC et, idéalement, aboutir à une refonte du cadre multilatéral, adaptée aux enjeux actuels ;

(ii) une mobilisation accrue des instruments européens existants, notamment en augmentant le recours aux instruments de défense commerciale (IDC) visant à lutter contre les subventions (imposition de droits compensateurs). Le renforcement de l'action de la Commission dans ce domaine impliquerait notamment l'ouverture de davantage d'enquêtes *ex officio* et

¹ SA. 35861 aide en faveur du projet de R&D Guépard
https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/248973/248973_1538545_81_4.pdf

² SA. 37743 aides à la R&D en faveur du projet de R&D Nano 2017
https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/250715/250715_1578988_198_2.pdf

l'accroissement des moyens des services de la Commission alloués à ces missions, dans le prolongement de la nomination en juillet 2020 au sein de la DG Commerce du responsable européen du respect des règles du commerce (*Chief trade enforcement officer*).

(iii) le renforcement et la modernisation de l'arsenal européen, en particulier, à travers une réforme ambitieuse de la politique de concurrence européenne au regard de la mondialisation et de la numérisation croissantes de la société et des marchés. À ce titre, les autorités françaises se félicitent du Livre blanc proposé par la Commission qui pourrait avoir vocation à répondre en partie aux évolutions souhaitées par la France.

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.

Les autorités françaises considèrent que le cadre présenté dans le Livre blanc compléterait utilement la boîte à outils européenne. Les caractéristiques et conditions de mise en œuvre de ce cadre devront être toutefois être précisés (*cf.* commentaires ci-après relatifs aux différents modules proposés).

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 ?

Le module 1 permettrait d'apporter une réponse pertinente à un angle mort du droit de la concurrence. En l'état, le droit européen de la concurrence s'intéresse aux effets distorsifs des subventions accordées par les États membres aux entreprises (contrôle des aides d'État) mais n'autorise pas la Commission à corriger les effets distorsifs des subventions octroyées par des pays tiers. Il apparaît donc nécessaire de compléter les outils existants pour remédier aux distorsions générées par les subventions octroyées par un pays tiers à un opérateur économique actif au sein du marché intérieur, comme proposé par le module 1.

Les enjeux concurrentiels des asymétries d'accès au financement sont identifiés par la littérature économique et en droit de la concurrence. Une asymétrie d'accès au financement en faveur d'un opérateur peut inciter celui-ci à mettre en place des pratiques anticoncurrentielles afin de renforcer sa position sur un marché, pouvant conduire à l'éviction d'un concurrent fragilisé ou à décourager de nouvelles entrées. Les conditions d'accès au financement peuvent ainsi contribuer à établir ou renforcer une position dominante et peuvent être considérées comme facteurs de risque de voir des pratiques anticoncurrentielles mises en place par un opérateur en position dominante. La mondialisation a fait émerger de nouvelles configurations dans lesquelles les asymétries d'accès au financement se manifestent au détriment des opérateurs européens, en particulier parce qu'ils sont soumis au respect des règles européennes en matière d'aides d'État contrairement à certains de leurs concurrents. Ce risque est particulièrement prégnant en présence d'entrants extra-européens soutenus par leur État d'origine dans le cadre d'une politique industrielle volontariste.

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) ?

La procédure en deux temps exposée dans le Livre blanc apparaît cohérente avec la pratique de la Commission en droit de la concurrence et il apparaît donc logique de proposer une procédure similaire à celle utilisée pour l'évaluation des aides d'État.

Les autorités françaises soutiennent également les mécanismes contraignants prévus sur la mise à disposition de l'information et les larges pouvoirs d'enquête qui seraient conférés à l'autorité de surveillance compétente (contrôles sur pièce et sur place notamment), qu'il conviendra d'articuler avec ceux qui sont déjà conférés dans le cadre des procédures *antitrust* et concentration ou en matière de défense commerciale.

Le cadre présenté par la Commission pourrait par ailleurs être complété par plusieurs éléments :

(i) introduire la possibilité pour l'autorité de surveillance d'adopter des mesures provisoires, comme en matière de défense commerciale, afin d'assurer une capacité de réaction rapide face aux cas de distorsions les plus flagrants et/ou dommageables ;

(ii) introduire un mécanisme de saisine de l'autorité de surveillance par les entreprises de l'Union dont l'activité serait directement impactée par les effets distorsifs de soutiens publics de pays tiers, par exemple inspiré du système de plainte en vigueur dans le domaine de la défense commerciale ;

(iii) envisager la possibilité d'un renversement de la charge de la preuve en cas de difficulté à accéder, dans le cadre d'une enquête, aux informations nécessaires à l'établissement de l'existence d'une subvention.

Il pourrait également être envisagé de développer un outil permettant de compenser les distorsions de concurrence induites par les subventions étrangères sur le marché intérieur qui pourrait avoir une portée dissuasive. À titre d'exemple, le mécanisme de la « clause d'alignement » existant dans le cadre des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation (point 92 de la communication de la Commission « Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation » de 2014), qui autorise des intensités d'aide plus élevées en cas de distorsion de concurrence, pourrait voir son champ étendu et son niveau de preuve assoupli pour s'intégrer dans le dispositif proposé par la Commission dans le cadre du module 1.

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 ?

Concernant les critères d'évaluation sur le fond, les autorités françaises sont favorables au principe de distinguer plusieurs catégories de subventions étrangères dans le cadre de la procédure :

(i) celles présumées susceptibles de générer des distorsions de concurrence, charge faite au bénéficiaire de démontrer le contraire lors de la phase d'enquête préliminaire. L'établissement d'une liste non exhaustive de telles subventions serait susceptible de constituer un effet signal et pourrait décourager certaines subventions étrangères dommageables pour le *level playing field* ;

(ii) celles qui ne correspondent à aucune des catégories précitées et qui pourraient nécessiter une analyse approfondie de l'autorité de surveillance à partir d'un faisceau d'indices afin d'établir la preuve d'une distorsion. À cet égard, les autorités françaises partagent les orientations du Livre blanc sur les indicateurs proposés pour établir l'incidence d'une subvention sur le marché intérieur (volume relatif de la subvention, situation et comportement sur le marché du bénéficiaire).

Les autorités françaises considèrent en outre que les subventions, lorsqu'elles concernent des marchés dynamiques, sont particulièrement susceptibles de générer des distorsions de concurrence. Au-delà des marchés de haute technologie, le Livre blanc pourrait également faire

référence à la notion de concurrence sur l'innovation (*competition in innovation*), afin de préciser que les subventions concernant ce type de marchés sont particulièrement susceptibles de générer des effets distorsifs, en particulier lorsque des financements intensifs sont nécessaires au démarrage.

Les constats dressés dans les conclusions des enquêtes de défense commerciale pourraient également utilement être mis à profit par l'autorité de surveillance pour fonder son appréciation sur l'existence de subventions dans certains secteurs.

Une subvention pourrait être considérée comme davantage susceptible de générer des effets distorsifs lorsque son bénéficiaire tire parti, en plus de la subvention, d'aides indirectes. Cela peut être le cas lorsque le bénéficiaire ou sa société mère bénéficie d'une position monopolistique sur son marché domestique. L'abus par une entreprise non-européenne de la position dominante dont elle bénéficie sur son marché domestique (qui pourrait être caractérisée par l'exercice des pratiques abusives sanctionnées par l'article 102 TFUE) devrait également contribuer à motiver l'imposition de mesures correctives.

Plusieurs éléments non prévus par le Livre blanc pourraient également être considérés :

(i) une subvention pourrait être considérée comme davantage susceptible de générer des effets distorsifs lorsque les caractéristiques du marché en cause font que la production du bien ou la fourniture du service nécessite d'importants financements, continus ou à échéance régulière. Cela peut être le cas s'il existe d'importants investissements en capital physique, d'importants coûts d'entretien, ou que les processus de production doivent régulièrement être mis à jour pour maintenir la compétitivité de l'entreprise. Dans une telle configuration de marché, l'aide publique serait d'autant plus déterminante et son effet distorsif d'autant plus probable ;

(ii) l'analyse des effets distorsifs d'une subvention pourrait aussi être faite à travers l'analyse de la situation du ou des concurrents du bénéficiaire. Une subvention pourrait être considérée comme davantage susceptible de générer des effets distorsifs lorsqu'elle est accordée à une entreprise concurrente d'une ou plusieurs entreprises disposant de capacités financières limitées. Cette différence de capacité financière pourrait être appréciée par exemple au regard de la surface financière et de la situation bilancielle des concurrents ;

(iii) l'effet d'une subvention pourrait être examiné avec davantage d'attention lorsque elle est accordée par un État ayant une politique industrielle ambitieuse et tournée vers la conquête de marchés mondiaux ou l'existence de parts de marché déjà importantes à l'international.

Concernant la catégorie d'indices relatifs à la situation du marché en cause, les autorités françaises s'interrogent sur le lien entre le degré de concentration du marché en cause et le risque de distorsion pouvant résulter d'une subvention. En effet, une subvention étrangère pourrait être considérée comme particulièrement susceptible de générer des effets anticoncurrentiels lorsque la subvention est accordée à une entreprise en concurrence avec des entreprises européennes qui, du fait d'un degré de concurrence élevé ou d'une incertitude sur leurs revenus futurs, s'endettent à des coûts relativement élevés (la littérature économique indique que les entreprises actives sur des marchés concurrentiels empruntent à des taux plus élevés, les prêteurs intégrant une prime de risque). La faible concentration du marché n'implique donc pas nécessairement un plus faible risque de distorsion.

Concernant la liste des mesures réparatrices, les autorités françaises soutiennent le principe de l'imposition de mesures réparatrices au cas par cas, pour les adapter à la situation d'espèce, ainsi que la possibilité pour l'entreprise de proposer des engagements comportementaux ou structurels qui pourraient être acceptés le cas échéant par l'autorité de surveillance.

Parmi les engagements comportementaux, des obligations de transparence (application d'une comptabilité analytique permettant de distinguer les activités de l'entreprise sur le marché intérieur de celles exercées sur d'autres marchés) ou de réorganisation de la gouvernance de l'entreprise pourraient être envisagées. Enfin, dans les cas où des mesures comportementales étaient imposées, il conviendrait de prévoir un mécanisme de surveillance afin de veiller au bon respect de l'engagement et d'adapter la mesure à l'évolution du marché, lorsque nécessaire, à l'image de la pratique des autorités de concurrence. Un mandataire en charge du suivi de l'exécution de l'engagement devrait ainsi être prévu. La question de la durée de ces engagements devra être soulevée au regard de leurs effets utiles dans la mesure où, en droit de la concurrence, ils sont limités (généralement cinq ans avec une possibilité de renouvellement).

De manière générale, afin de répondre à l'objectif de rétablissement du *level playing field*, il conviendra de veiller à ce que ce nouveau régime de lutte contre les subventions étrangères ait sur les entreprises subventionnées par un État tiers un effet au maximum équivalent à celui du droit européen de la concurrence et du régime des aides d'État sur les entreprises européennes. À cet égard, il conviendra de s'assurer que le dispositif n'aboutisse pas à sanctionner une entreprise qui aurait bénéficié d'une subvention étrangère qui n'aurait pas été interdite au titre du régime européen de contrôle des aides d'État.

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 ?

Les autorités françaises sont favorables au principe d'inclure un critère d'examen de l'intérêt de l'Union dont l'appréciation relèverait de la Commission, afin de mettre en balance les effets distorsifs de la subvention avec les effets positifs, et potentiellement compensateurs, qu'elle pourrait générer au sein de l'Union. Les éléments proposés pour apprécier ces effets positifs apparaissent pertinents, y compris la nécessité de protéger les intérêts des consommateurs, y compris à moyen-long terme. Cette logique pourrait être reprise de la doctrine développée dans le cadre des PIIEC (projet important d'intérêt européen commun) qui impliquent des engagements en termes d'externalités positives au sein de l'Union européenne.

Les objectifs de politique publique de l'UE mis en avant pourraient toutefois gagner à être davantage précisés et détaillés pour objectiver et faciliter leur appréciation par la Commission. À cet égard, lorsqu'elle évalue si l'imposition de mesures correctives est dans l'intérêt de l'Union, l'autorité de surveillance devrait pouvoir disposer d'une base fiable et aussi exhaustive que possible lui permettant de prendre en compte tous les points de vue et tous les renseignements. Comme en matière de défense commerciale, l'industrie de l'Union, les syndicats et les organisations représentatives des consommateurs devraient ainsi pouvoir, dans des délais fixés par la procédure, se faire connaître et fournir des informations à la Commission.

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) ?

Pour les subventions étrangères supérieures au seuil de 200 000 euros soutenant une acquisition ou une prise de participation au capital d'une entreprise européenne, il apparaît cohérent de considérer que le seuil qui serait fixé dans le cadre du module 2 n'exclut pas que l'autorité de surveillance puisse s'intéresser à une acquisition sur le fondement du module 1. Un tel contrôle pourrait en effet être justifié dans des situations où la subvention aurait permis à l'entreprise bénéficiaire de prendre une participation à un prix au-dessus du prix de marché.

S'agissant de l'articulation entre le module 1 et le contrôle européen des concentrations, les deux procédures pourraient le cas échéant cheminer parallèlement. Néanmoins, l'issue de

l'enquête sur l'existence d'une subvention étrangère distorsive devrait suspendre le processus de décision de la Commission sur le projet de concentration qui impliquerait le ou les acteurs visés par une enquête dans le cadre du module 1 (ou du module 2). L'existence d'une subvention étrangère devrait, en effet, être un élément pris en considération lors du contrôle de la concentration envisagée. Le cas échéant et pour aller plus loin, la mise en œuvre des mesures correctrices (ou des engagements proposés) par l'entreprise subventionnée pourrait être une condition pour que la Commission rende sa décision sur le projet de concentration envisagé.

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) ?

Afin de prioriser les cas à traiter, il semble important qu'un seuil minimum soit appliqué lors de l'examen des subventions étrangères dans le cadre du module 1, pour exempter du champ du contrôle les subventions de moindre ampleur, présumées non distorsives. Le seuil minimum proposé apparaît pertinent en ce qu'il correspondrait à celui prévu dans le cadre du contrôle des aides d'État (200 000 euros par entreprise sur une période de trois exercices fiscaux). Ce critère de seuil minimum est plus largement utilisé en droit de la concurrence, notamment dans le cadre de l'application de l'article 101 du TFUE où les lignes directrices prévoient que si la part de marché cumulée des parties à un accord de coopération horizontale est faible, il est peu probable que cet accord produise des effets restrictifs sur la concurrence et qu'il n'est pas nécessaire de poursuivre l'analyse. Il existe également un seuil qui déclenche le contrôle des concentrations, qui est exprimé en chiffres d'affaires (mondial et européen).

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) ?

Les autorités françaises soutiennent les propositions faites dans le Livre blanc en matière de répartition des compétences et sont favorables aux systèmes de coopération et coordination entre les autorités nationales de surveillance et la Commission, qui sera l'autorité de surveillance au niveau européen.

Il sera toutefois nécessaire de préciser les critères encadrant la répartition des cas entre la Commission et les autorités nationales de surveillance, ainsi que de préciser la procédure qui pourrait être suivie. Un haut niveau d'implication de la Commission serait en tout état de cause souhaitable afin de favoriser une mise en œuvre aussi uniforme que possible du dispositif au niveau européen.

Ce type d'échanges au sein d'une instance formalisée et des règles de répartition des cas, selon le principe de l'autorité la mieux placée, existe déjà en matière de droit de la concurrence, dans l'application de l'article 101 du Traité par la Commission et les autorités nationales de concurrence. Cela pourrait servir de modèle.

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) ?

Le module 2 proposé par la Commission pourrait utilement compléter l'arsenal législatif de l'UE en complétant les mécanismes nationaux et européen de contrôle des investissements étrangers sur le fondement de la sécurité et de l'ordre publics, ces dispositifs ne poursuivant pas des objectifs purement économiques, et n'ayant donc pas pour objet de traiter les distorsions de concurrence sur le marché intérieur causées par des acquisitions subventionnées. Il convient de noter que cet instrument pourrait indirectement servir la protection de l'ordre et de la sécurité publics, le cas échéant.

À titre prospectif, il serait utile que la Commission réalise un recensement des récentes opérations qui auraient pu entrer dans le champ de ce futur instrument, afin d'estimer le nombre d'opérations qui auraient pu être susceptibles d'entraîner un examen.

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) ?

De manière générale, si l'instrument proposé par la Commission en matière de subventions étrangères poursuit une finalité différente de celle du contrôle des investissements étrangers (*via* les mécanismes nationaux de contrôle et le règlement filtrage), ces outils seraient complémentaires.

Les autorités françaises souhaitent attirer l'attention de la Commission sur le fait qu'il est indispensable de s'assurer de la compatibilité des procédures (délais, autorités compétentes, canaux de communication, etc.) et des décisions (risque de contradiction entre une décision prise au titre de l'outil subventions et une décision en vertu du contrôle des investissements pour une même opération).

Concernant la procédure, les autorités françaises n'ont pas d'objection au principe d'une procédure en deux étapes (il en est ainsi de la procédure française de contrôle des investissements étrangers). Cela permet d'assurer une certaine prévisibilité de la procédure, tant pour les États membres associés que pour les parties à la transaction, qui pourront rapidement connaître la sensibilité du dossier (et le cas échéant être informées de l'ouverture d'une enquête approfondie).

Concernant l'obligation de notification, les autorités françaises sont favorables à un système de notification obligatoire *ex ante*. Si les définitions et les paramètres retenus pour la constitution de ce nouvel instrument sont larges et permettent de capter un grand nombre d'opérations, il sera important de veiller à ce que les modalités de notification soient adaptées afin d'assurer un traitement rapide des dossiers ne soulevant pas de difficultés particulières. À défaut, ce dispositif pourrait ralentir, voire entraver, les processus habituels de fusions-acquisitions, et être préjudiciable à certaines entités européennes. À ce titre, un système de « silence vaut accord » pourrait être envisagé : à l'issue de la notification de l'opération, et sous réserve de l'écoulement d'un délai prévu par les textes, l'investisseur pourrait considérer, sans retour de l'autorité de surveillance compétente, qu'il peut procéder à l'opération sans difficulté. Un tel mécanisme présuppose un respect scrupuleux des délais de la part de l'autorité de surveillance compétente (voir, sur ce point, la procédure du contrôle des concentrations en Europe ou en France qui prévoit des autorisations tacites en l'absence de décisions dans un délai contraint. En pratique toutefois chaque opération fait l'objet d'une décision, dont environ 75 % sont « simplifiées »).

Les modalités de communication de ces notifications aux États membres devront par ailleurs être précisées. Afin de respecter les impératifs tenant à l'articulation des procédures évoquées *supra* (subventions, contrôle des investissements étrangers et contrôle des concentrations), les notifications pourraient être communiquées aux États membres selon les modalités suivantes : (i) la notification pourrait être obligatoire, et n'être adressée qu'aux seuls États membres concernés, si l'opération est par ailleurs soumise à un contrôle au titre du règlement sur le filtrage des investissements ; (ii) pour les autres transactions, la notification serait facultative. Le système de notification pourrait également être ajusté en fonction du secteur cible de l'investissement, sous réserve des éventuelles discussions à venir sur une proposition législative discuté au sein du Conseil.

Concernant le dossier type, la liste des informations à fournir devrait demeurer indicative. En complément des informations listées par la Commission, pourraient également figurer les éléments suivants : l'existence de liens / contrats entre la cible et les États membres de l'UE ; la stratégie de l'acquéreur vis-à-vis de la cible ; l'historique des acquisitions de l'investisseur. Dans toute la mesure du possible, lorsque cela est pertinent, il pourrait être opérant de

rapprocher cette liste de celle prévue à l'article 9 du règlement sur le filtrage des investissements étrangers dans l'UE.

Concernant le caractère suspensif de la procédure, la délivrance d'une décision au titre du module 2 devrait demeurer une condition suspensive à la réalisation de l'opération. Cela permettrait d'éviter la situation dommageable pour la cible européenne dans laquelle l'opération a été réalisée mais se voit refusée *a posteriori* au titre de l'instrument subventions (le retour à la situation antérieure peut engendrer des coûts financiers, humains et matériels importants).

Concernant la typologie des décisions, il conviendra de préciser (i) la nature des engagements qu'un acquéreur pourraient souscrire et (ii) les modalités de recours suite à une décision.

Concernant l'examen *ex officio*, il pourrait être envisagé, lorsqu'une opération n'a pas été notifiée et que l'autorité de surveillance compétente et/ou les États membres s'en saisissent *ex officio*, que des mesures de remédiation puissent être proposés à l'investisseur, si celui-ci est de bonne foi. Cela pourrait consister pour l'investisseur à prendre des engagements comme il l'aurait fait au cours d'une procédure classique.

Concernant la prise en compte de la responsabilité des États membres en matière de sécurité nationale, telle que rappelée à l'article 4§2 du traité sur l'Union européenne (TUE), les autorités françaises s'interrogent sur l'opportunité d'inclure sur la mention de l'exception de sécurité et de défense au texte portant création de l'instrument proposé par la Commission. Le cas échéant, il serait opportun que la Commission puisse prendre en compte l'avis de l'État concerné, selon des modalités qui restent à définir conjointement avec la Commission et les autres États membres. Cela nécessiterait l'établissement d'un canal de communication dédié avec la Commission.

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 d'acquisition est pertinente car elle couvre les différentes hypothèses qui accordent à un actionnaire un pouvoir décisionnaire au sein d'une société cible :

(i) opérations capitalistiques : l'acquisition directe ou indirecte du contrôle permet d'appréhender les cas où l'influence et le pouvoir décisionnaire de l'actionnaire ne découleraient pas d'une prise de participation mais d'un contrôle qui se matérialiserait, notamment, par la détention de droits, contrats, branche d'activités au sein d'une société cible ;

(ii) opérations non capitalistiques : les deux hypothèses envisagées sont pertinentes :

- le franchissement de seuil : les situations dans lesquelles un actionnaire peut avoir un pouvoir décisionnaire par le biais d'une détention d'actions ou de droits de vote majoritaire. Dans cette hypothèse, par analogie avec le contrôle des investissements étrangers en France, la détermination d'un seuil différencié peut être proposée selon que la société est cotée ou non. En droit français, deux seuils s'appliquent :
 - dans les sociétés cotées, un pouvoir décisionnaire peut être caractérisé lors du franchissement du seuil de 10 % des droits de vote ;
 - en *private equity*, le seuil retenu est de 25 %.
- l'influence déterminante : les situations dans lesquelles un actionnaire peut avoir un pouvoir décisionnaire par le biais d'une détention d'actions ou de droits de vote minoritaires. La notion d'influence déterminante permet en effet de capter les

opérations potentiellement déstabilisatrices dans lesquelles un actionnaire peut influencer la prise de décision dans la société en ne possédant que des parts minoritaires au sein de la société, que ce soit par des actions de préférence, des pactes d'actionnaires ou bien encore par des comportements (interpellations des organes de gestion, campagnes médiatiques, dépôts de points à l'ordre du jour en assemblées générales, etc.). Cette notion d'influence déterminante est définie et utilisée dans le cadre du contrôle des concentrations, tant au niveau européen que national, et fait l'objet de développements dans la communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

- la définition de la notion de cible de l'UE et les seuils proposés (section 4.2.2.3) ;

La définition proposée par la Commission pourrait convenir aux autorités françaises. Une distinction entre deux types de seuils pourrait être introduite selon que l'opération intervient dans l'un des secteurs visés par le règlement sur le filtrage des investissements étrangers dans l'UE. Dans ce dernier cas, le seuil pourrait être plus bas, selon des modalités à définir. Cela permettrait de remédier à la situation dans laquelle une opération subventionnée peut s'avérer déstabilisatrice dès lors que la cible détient une technologie unique en Europe, bien qu'elle ne génère pas un chiffre d'affaires important, ce qui permettrait notamment de prendre en compte les acquisitions prédatrices.

- la définition de la notion d'acquisition potentiellement subventionnée ?

Cette proposition ne soulève pas d'observations de la part des autorités françaises.

En ce qui concerne les seuils, veuillez donner votre point de vue sur les seuils appropriés.

L'inclusion des prises de participations minoritaires dans le champ des acquisitions est une piste intéressante à explorer, en ce qu'elle permettrait de capter les opérations d'acquisition subventionnées, alors même que l'investisseur ne détiendrait pas le contrôle de la société. À titre de comparaison, en droit français du contrôle des investissements étrangers, un investisseur est présumé détenir le contrôle dès lors qu'il possède 40 % du capital et des droits de vote d'une cible et qu'aucun autre actionnaire ne dispose d'une détention plus élevée. Le contrôle peut également être caractérisé en deçà de ce seuil sur la base d'un faisceau d'indices : modalités de prise des décisions stratégiques, contrôle de fait, etc. (*cf. supra*).

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) ?

Pour les autorités françaises, l'élargissement de l'obligation de notification à l'ensemble des acquisitions de cibles de l'UE permettrait de :

- (i) éviter de créer le doute dans l'esprit de l'investisseur sur le fait de savoir si son investissement est subventionné ou non, et donc soumis à notification ;
- (ii) capter des opérations qu'un investisseur n'aurait pas nécessairement notifiées au titre de l'instrument subventions (ex. : méconnaissance de la structure financière ou du droit de l'UE, volonté de contournement, etc.) ;
- (iii) disposer d'une vision globale des mouvements et opérations affectant le marché intérieur (des recoupements pouvant exister entre risque économique et risques pesant sur la sécurité et l'ordre publics).

Toutefois, une obligation de notification trop large pourrait induire :

- (i) un ralentissement des processus de fusions-acquisitions ;
- (ii) une charge administrative importante, voire disproportionnée, pour certaines acquisitions, dont celles considérées comme étant mineures au regard des seuils retenus ;
- (iii) une charge financière déraisonnable pour certains investisseurs, qui pourraient de ce fait renoncer à des opérations capitales pour des cibles de l'UE (il est probable que les notifications soient réalisées par des cabinets d'avocats spécialisés, dont les honoraires peuvent être particulièrement onéreux) ;
- (iv) la mobilisation de ressources matérielles et humaines importantes au sein de l'autorité de surveillance compétente.

En fonction de l'option retenue, l'autorité de surveillance compétente devrait occuper un rôle pivot dans le dispositif en (i) assurant une fonction d'alerte et (ii) réalisant un *reporting* régulier à l'attention des États membres (à l'instar du travail fait par la DG Commerce de la Commission s'agissant du filtrage des investissements étrangers dans l'UE).

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 ?

Les autorités françaises s'interrogent sur la charge de la preuve. Le Livre blanc prévoit qu'il revient à l'autorité de surveillance de démontrer qu'une acquisition est facilitée du fait de l'existence d'une subvention. Le schéma inverse pourrait également être exploré : il pourrait revenir à l'investisseur de démontrer qu'il n'a pas été subventionné, l'autorité compétente restant libre d'apprécier cette analyse et de qualifier la distorsion affectant le marché intérieur.

Les autorités françaises sont favorables au maintien du caractère indicatif de la liste des indicateurs, afin d'octroyer des marges de manœuvre à l'autorité de surveillance dans son travail de collecte de l'ensemble des éléments / informations qu'elle juge pertinents. Dans toute la mesure du possible, cette liste devrait être rapprochée de celle dressée dans le cadre du filtrage des investissements (art. 4.2. du règlement).

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 ?

Les autorités françaises considèrent utile d'inclure un critère d'examen de l'intérêt de l'Union.

Lors de la réalisation du test, devraient notamment être pris en considération :

- (i) le caractère important / indispensable des technologies et des activités critiques des cibles européennes (substituabilité, environnement concurrentiel, etc.) ;
- (ii) les perspectives de survie / succès de l'entreprise en cas d'autorisation de l'opération ;
- (iii) l'existence de repreneurs alternatifs européens ou étrangers non subventionnés.

Il pourrait par ailleurs être utile d'associer les États Membres à l'examen du critère de l'intérêt de l'Union, par exemple *via* une procédure de recueil d'avis.

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)?

Les autorités françaises réservent leur position sur ce point.

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.

Les autorités françaises souscrivent à l'initiative de la Commission visant à doter l'UE de mécanismes permettant de rétablir des conditions de concurrence équitable dans le domaine des marchés publics, en tenant compte des formes de subventions étrangères susceptibles de fausser le fonctionnement du marché intérieur.

Comme relevé dans le Livre blanc, le cadre juridique actuel, au plan international comme européen, ne permet pas aux pouvoirs adjudicateurs d'exclure une offre sur la base du seul constat d'une subvention distorsive. Par ailleurs, du fait de sa large ouverture aux soumissionnaires des pays tiers, dont les régimes de contrôle des soutiens publics peuvent être moins stricts que le régime européen, la commande publique européenne est particulièrement exposée aux risques de comportements anti-concurrentiels que les règles actuelles du droit de la concurrence permettent difficilement d'appréhender.

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.

Le cadre proposé apparaît adapté en ce qu'il crée un nouveau motif d'exclusion des offres dans le domaine des marchés publics, qui faisait jusqu'à présent défaut. Il contient par ailleurs des mécanismes contribuant à objectiver la phase d'appréciation d'une subvention distorsive et à limiter l'impact d'éventuelles considérations politiques dans la prise de décision de certains acheteurs publics, au détriment des critères de concurrence équitable.

Ce cadre appelle néanmoins plusieurs remarques :

(i) il conviendra de préciser quelles sont les informations et les éléments de preuve *prima facie* que les tiers et les concurrents pourraient être autorisés à communiquer au pouvoir adjudicateur afin de lui faire savoir qu'une notification par un opérateur ayant bénéficié d'une subvention aurait dû être effectuée dans le cadre de la procédure ;

(ii) concernant la coordination entre la Commission et les autorités nationales, il conviendra de préciser les conditions dans lesquelles la Commission peut décider de se saisir en propre et de trancher en dernier ressort d'un cas. La Commission devrait en tout état de cause jouer un rôle de premier plan dans le dispositif afin d'assurer l'uniformité de sa mise en œuvre ;

(iii) en ce qui concerne le champ d'application du dispositif, il conviendra d'explorer les possibilités d'une application la plus large possible (y compris aux soumissionnaires de pays signataires de l'Accord sur les marchés publics (AMP) ou d'un accord bilatéral avec l'UE) dès lors que le dispositif est appliqué de manière non-discriminatoire à toute entreprise soumissionnant à un appel d'offres européen ;

(iv) il conviendra de préciser si l'effet suspensif de l'examen par l'autorité de surveillance sur la procédure de passation concerne aussi bien la phase d'examen préliminaire que celle de l'enquête approfondie ;

(v) il conviendra également de définir des modalités de contrôle (y compris l'autorité qui en aurait la charge) de la bonne application par le pouvoir adjudicateur de la méthode uniforme pour décider si la subvention a faussé la procédure de passation de marché public, et si la saisine

de l'autorité désignée, le cas échéant, doit être un préalable indispensable à un recours en justice ;

(vi) les modalités de recours (procédure nouvelle ou renvoi aux recours existants) contre une décision prise au titre de ce nouvel instrument devront également être précisées. Il existe notamment un risque réel que des entreprises ne communiquent pas les informations sur les subventions dont elles auraient bénéficié. Le fait de permettre à des tiers ou à d'autres candidats d'alerter le pouvoir adjudicateur sur la nécessité de demander ses informations à un opérateur économique qu'ils suspectent de bénéficier de telles subventions ne semble pas permettre de pallier effectivement cette difficulté, les candidats et les tiers ne connaissant pas nécessairement au cours de la procédure de passation la liste des entreprises concurrentes.

Enfin, les autorités françaises souhaitent émettre trois observations :

(i) Il apparaît nécessaire de prévoir des modalités de contrôle souples et rapides afin de ne pas bloquer ou ralentir excessivement les procédures de passation de marchés. À ce titre, il pourrait être envisagé de réduire les délais de 15 jours d'examen préliminaire et de 3 mois maximum d'enquête approfondie proposés dans le Livre blanc afin de ne pas nuire à l'efficacité de la commande publique.

(ii) Les autorités françaises seront attentives au contenu des orientations fournies aux pouvoirs adjudicateurs afin qu'elles permettent, en pratique, de déterminer que la subvention a bien faussé la procédure de passation des marchés publics. Le Livre blanc ne détaille pas « *la méthode uniforme* » qui serait utilisée par le pouvoir adjudicateur pour déterminer si la subvention a faussé la procédure de passation des marchés publics, la Commission renvoyant uniquement à ce stade à « *des orientations conçues pour garantir une pratique d'évaluation uniforme des distorsions dans l'ensemble de l'UE* » (p. 39). Ces orientations devraient être les plus précises possibles, en présentant une méthodologie claire limitant au maximum les divergences d'interprétation entre les pouvoirs adjudicateurs des États membres

(iii) Il conviendrait de veiller à ne pas laisser une trop grande marge de manœuvre au pouvoir adjudicateur dans la possibilité d'alerter ou non l'autorité de surveillance nationale d'une absence de notification, en prévoyant dans ces cas une obligation d'information et non une simple possibilité. Il convient par ailleurs de souligner que le pouvoir adjudicateur est rarement en mesure de savoir qu'une entreprise bénéficie ou non de subvention d'un État tiers, il sera par conséquent difficilement en mesure d'alerter sur une absence de notification. Il paraît donc nécessaire de préciser (i) comment l'obligation d'information d'absence de notification par le pouvoir adjudicateur pourra être effective et (ii) comment l'absence d'information pourra être sanctionnée.

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?

Il conviendrait de renforcer les possibilités d'interaction entre l'acheteur public et l'autorité de surveillance afin de veiller à la cohérence des décisions prises par le pouvoir adjudicateur quant au caractère distorsif ou non d'une subvention. Le Livre blanc relève, à juste titre, que les acheteurs publics peuvent avoir un intérêt économique à court terme à attribuer des marchés à des soumissionnaires bénéficiaires de subventions distorsives, même si les prix bas qu'ils offrent sont dus à l'existence de subventions étrangères.

Le cadre proposé ne contient que des garanties limitées permettant d'assurer que l'acheteur public rejettera une offre distorsive, quand bien même celle-ci est économiquement plus avantageuse - hormis la possibilité pour les concurrents de contester la décision adoptée. Une solution pourrait être de prévoir que la décision de l'autorité de surveillance prise à l'issue de

l'enquête approfondie contienne également des indications (non liantes), adaptées aux circonstances spécifiques de l'espèce, sur les paramètres à prendre en compte par le pouvoir adjudicateur dans sa grille d'analyse pour pouvoir apprécier si la subvention a facilité ou faussé la soumission d'offres. L'exigence d'uniformité pourrait également plaider, sous réserve de faisabilité juridique, pour octroyer à l'autorité de surveillance nationale (voire à la Commission, en fonction par exemple de critères de seuils à définir) le pouvoir de décision, qui s'imposerait alors aux pouvoirs adjudicateurs.

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?

Au-delà du renforcement des règles de passation des marchés publics pour remédier aux procédures faussées par des subventions étrangères abordés dans le Livre blanc, la Commission pourrait, dans le cadre de cette consultation, examiner d'autres aspects de la réglementation relative aux marchés publics.

La publication par la Commission en juillet 2019 d'orientations sur la participation des soumissionnaires de pays tiers aux marchés publics de l'UE³ a constitué une étape utile, en clarifiant certains aspects de la réglementation européenne dans le domaine des marchés publics. La présente consultation pourrait être l'occasion d'approfondir ces travaux, en identifiant les lacunes de ce cadre juridique, en particulier celles susceptibles d'altérer les conditions de concurrence entre les entreprises de l'UE et de pays tiers participant aux marchés publics.

À ce titre, les autorités françaises souhaitent faire les observations suivantes :

(i) L'article 25 de la directive 2014/24/UE et l'article 43 de la directive 2014/25/UE devraient être précisés pour permettre de rejeter les offres proposées par des entreprises d'un État non partie aux accords internationaux souscrits par l'UE

Les articles 25 et 43 des directives européennes sur les marchés publics prévoient, sur le fondement du principe de réciprocité, que les acheteurs des États membres de l'UE accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP) ou d'ALE un traitement non moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'UE, dans la mesure où ces textes le prévoient⁴. À l'inverse, cela signifie que le traitement national n'est pas nécessairement accordé aux offres de pays tiers qui n'ont pas signé d'accord avec l'UE. Toutefois, les directives ne prévoient pas explicitement de dispositif permettant aux acheteurs de tirer concrètement les conséquences du champ d'application de ces accords commerciaux ou de l'absence de tout accord.

Ces articles sont trop vagues pour être appliqués de façon adéquate par des acheteurs publics qui, au mieux, ne regarderont que la liste des membres de l'AMP. Certains acheteurs publics sont de petites entités qui n'ont pas nécessairement l'expertise nécessaire pour analyser les engagements et les limitations contenus dans les accords internationaux conclus par l'UE.

Les listes d'engagements européennes de l'AMP peuvent en effet apparaître complexes, en ce qu'elles comportent de nombreuses réserves en fonction des engagements individuels pris par les membres de l'AMP envers l'UE. À titre d'exemple, les acheteurs publics pourraient penser

³ Communication de la Commission, *Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'UE*, 24 juillet 2019.

⁴ Article 25 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et article 43 de la directive 2014/25/UE 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.

à tort que tous les marchés publics européens sont ouverts aux appels d'offres des États-Unis, alors qu'une lecture approfondie des engagements européens dans le cadre de l'AMP montre que l'UE n'a aucun engagement envers les États-Unis dans certains secteurs.

Afin d'appliquer strictement le principe de réciprocité, le droit européen des marchés publics pourrait ainsi être complété par un dispositif autorisant expressément les acheteurs à rejeter des offres proposées par une entreprise d'un État tiers partie aux accords internationaux ou des offres proposées par une entreprise d'un État tiers partie aux accords, dans les domaines et secteurs non couverts par ces accords. À cette fin, la Commission pourrait préciser dans un acte juridique, sur la base des engagements de l'UE à l'AMP, les États ou les produits et services de ces États que les acheteurs vis-à-vis desquels les États membres pourraient adopter des restrictions d'accès à leurs marchés publics. Il pourrait également être envisagé de mettre en place un dispositif d'information des acheteurs sur l'étendue des engagements européens, par exemple sur le modèle d'une base de données pays/secteurs.

(ii) L'article 85 de la directive 2014/25 devrait être complété pour rejeter une offre dont les produits sont originaires de pays tiers excédant 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre

Parmi les textes européens régissant les marchés publics, seule la directive européenne 2014/25 relative aux marchés publics dans les secteurs de réseaux (eau, énergie, transports et services postaux) prévoit un mécanisme de restriction de l'accès des États tiers aux marchés publics européens, lorsque les accords internationaux existants ne prévoient pas l'accès des produits, services et opérateurs économiques de ces États tiers aux marchés publics dans l'UE. Ce dispositif permet aux entités adjudicatrices, lors de l'attribution d'un marché de fournitures, de rejeter une offre lorsque la part des produits originaires des pays tiers, déterminés conformément au règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil, excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre⁵.

Ce dispositif présente toutefois plusieurs lacunes. En se référant simplement au code des douanes de l'Union sans expliquer comment déterminer dans la pratique l'origine d'un produit, l'article 85 de la directive peut être difficile à appliquer pour les acheteurs publics qui n'ont pas l'expertise en matière douanière.

En outre, l'articulation entre le principe de l'article 85 et les règles d'origine du code des douanes de l'Union (CDU) devrait être clarifiée. Dans le CDU, la notion de « produit » signifie « produit fini » alors que dans l'article 85 de la directive 2014/25, ce terme n'est pas spécifié. Par conséquent, la règle de l'article 85, paragraphe 2, « 50 % de la valeur totale des produits constituant l'offre » ne fait pas clairement référence aux règles du CDU.

De plus, cette règle de 50 % s'ajoute aux règles d'origine existantes (il existe une règle d'origine par produit / position tarifaire). Cette condition de la directive 2014/25 ne signifie pas que le produit est « *Made in EU* » car les règles d'origine CDU sont différentes de la règle de l'article 85 de la directive 2014/25 : ce critère de valeur ne confère pas toujours l'origine du produit.

Afin de garantir le principe de réciprocité dans l'accès aux marchés publics européens, les modalités d'application de l'article 85 de la directive 2014/25/UE devraient être clarifiées et simplifiées notamment quant aux méthodes d'identification de l'origine des produits composant une offre :

⁵ Article 85 de la directive 2014/25/UE 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.

(i) préciser la méthode de détermination de l'origine des produits et de calcul du seuil de 50 % ainsi que la procédure qui s'applique en cas de doute ;

(ii) étendre au-delà des entités adjudicatrices le dispositif de l'article 85 à tous les acheteurs et aux autorités concédantes ainsi qu'à l'ensemble des prestations objet de contrats de la commande publique (fournitures, travaux et services).

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 ?

Il ne semble pas souhaitable de faire du module 3 un module autonome, dès lors que les enjeux liés à la caractérisation d'une subvention distorsive sont très proches de ceux du module 1. La méthode d'appréciation de l'existence d'une subvention n'a pas lieu d'être différenciée entre ces deux modules.

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

Les modules 1 et 3 pourraient être utilement combinés afin de contribuer à former une doctrine et une pratique uniformes des autorités de surveillance vis-à-vis des enjeux liés au traitement des subventions étrangères.

Il conviendra également d'assurer la bonne articulation du dispositif spécifique prévu pour le module 3 avec les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE, et notamment le dispositif permettant de rejeter les offres d'entreprises qualifiées d'anormalement basses du fait de l'obtention d'aides d'Etat incompatibles avec le marché intérieur (art. 69 de la directive 2014/24 et 84 de la directive 2014/25).

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.

Les autorités françaises partagent le constat de la Commission selon lequel les financements octroyés par l'UE ne devraient pas contribuer à favoriser des opérateurs économiques ayant bénéficié de subventions de pays tiers leur octroyant un avantage par rapport aux opérateurs économiques européens. Les autorités françaises saluent donc la volonté de la Commission d'instaurer une prise en compte de l'existence de telles subventions dans l'appréciation de la capacité d'une entreprise à accéder à un financement de l'UE.

Les autorités françaises accueillent également favorablement le fait que la Commission invite les institutions financières européennes à suivre la même approche en matière de subventions étrangères que celle présentée dans le présent Livre blanc.

La France souligne par ailleurs que cette proposition doit être bien articulée avec le module 1 afin d'assurer une cohérence en cas de cofinancements de grands projets d'entreprises subventionnée par un État tiers au moyen de financements européens et d'aides d'un État

membre et/ou au moyen d'instruments européens qualifiés d'aides d'État (FESI, fonds de transition juste, compartiments nationaux InvestEU, projets partenariaux d'Horizon Europe) comme par exemple les entreprises qui participent à un PIIEC (ex : *IPCEI on microelectronics*).

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.

Les autorités françaises soutiennent l'introduction d'un cadre de contrôle avec obligation de notification des subventions étrangères et possibilité d'appliquer des sanctions pouvant aller jusqu'à l'exclusion d'un soumissionnaire, pour un appel d'offres donné ou pour une durée plus longue.

Les autorités françaises s'interrogent toutefois sur l'opérationnalisation du dispositif dans lequel l'État membre et le pouvoir adjudicateur joueront le rôle central. En effet, s'agissant des financements européens en gestion partagée (70 % du budget et toute la politique de cohésion), l'autorité compétente chargée d'enquêter sur une possible subvention faussant la concurrence, sera une autorité nationale ; de même, la décision finale d'exclure un soumissionnaire resterait, dans le système proposé par la Commission, entre les mains du pouvoir adjudicateur national.

La Commission devrait être tenue informée par l'autorité nationale, mais sa capacité d'action demeurerait limitée. Comme pour le module 3, les autorités françaises seraient donc favorables à un renforcement du rôle de la Commission dans cette procédure afin d'assurer sa cohérence à l'échelle européenne (cf. réponse à la question 3 sur le module 3).