

RÈGLEMENT SUR LES SUBVENTIONS ÉTRANGÈRES : AUX ENTREPRISES D'ANTICIPER LA NOUVELLE OBLIGATION DE NOTIFICATION DES FUSIONS-ACQUISITIONS

par Renaud Christol, Associé, et Marc-Antoine Picquier, avocat, August Debouzy



AUGUST DEBOUZY



Renaud Christol



Marc-Antoine Picquier

Adopté le 14 décembre 2022, le Règlement (UE) 2022/2560 du parlement européen et du conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur (en anglais « **Foreign Subsidies Regulation** » ou « **FSR** »), comprend deux volets.

Le premier volet autorise, depuis le 12 janvier 2023, la Commission européenne (la « **Commission** ») à ouvrir des enquêtes afin de contrôler toute opération d'investisse-

ment ou de soutien par laquelle tout pays tiers à l'Union européenne finance, directement ou indirectement, une entreprise active sur le marché intérieur et lui permet de bénéficier d'un avantage concurrentiel¹.

La Commission a très rapidement mis en œuvre ce pouvoir. Début septembre 2023, la Présidente de la Commission a annoncé le lancement d'une enquête relative aux véhicules électriques chinois qui « *inondent les marchés*

¹ Cet article ne concerne pas les aspects relatifs aux contributions financières étrangères dans le cadre de procédures de passation de marchés publics.

mondiaux » et dont les « *prix sont maintenus artificiellement bas par d'énormes subventions publiques* » qui « *faussent* » le marché intérieur².

La Commission envisage d'utiliser le FSR pour mettre en place des mesures de défense commerciale, notamment dans le secteur éolien, ainsi qu'elle l'explique dans son « *Plan d'action européen pour l'énergie éolienne* »³.

Il s'agit là du domaine « *naturel* » du FSR : appréhender les situations où des entreprises originaires d'États hors de l'Union européenne et qui bénéficient de subventions de la part de leur État d'origine utilisent cette facilité pour venir concurrencer les entreprises localisées dans l'Union européenne.

En d'autres termes, protéger les entreprises européennes de la concurrence faussée des entreprises hors Union européenne qui sont subventionnées par leurs États.

Le second volet, s'il procède de la même inspiration et sera de nature à limiter cette concurrence faussée, aura également un impact très significatif pour les entreprises de l'Union européenne.

Il s'agit de la mise en place, depuis le 12 octobre 2023, d'une obligation de notification et d'autorisation préalables de certaines opérations de concentration.

Le champ d'application de cette obligation est tellement large qu'il inclura de nombreuses opérations menées par les entreprises de l'Union européenne (1.). Les modalités de ce contrôle créeront une nouvelle contrainte pour les opérations de fusion-acquisition (2.).

1. UN CHAMP D'APPLICATION EXTRÊMEMENT LARGE, QUI INCLURA DE NOMBREUSES OPÉRATIONS DES ENTREPRISES DE L'UNION EUROPÉENNE

Les obligations contenues dans le FSR concernent toutes les entreprises, peu importe leur localisation d'origine, dès lors qu'elles perçoivent des « subventions étrangères » de la part de pays tiers à l'Union européenne.

En d'autres termes, toutes les entreprises qui ont une activité dans l'Union européenne sont potentiellement concernées par le FSR.

Par exemple, une entreprise française qui a des implantations ou filiales dans l'Union européenne et hors de l'Union européenne, dont ces implantations ou filiales

reçoivent des « subventions étrangères » de pays tiers, pourra être susceptible d'être dans le champ d'application du FSR si les seuils de contrôle sont franchis.

Toutes les opérations de concentration sont concernées : fusion, acquisition de société ou d'actifs et même création d'une filiale commune de plein exercice.

Les opérations de concentration devront être notifiées à la Commission avant leur réalisation au titre du FSR lorsque :

- au moins une des entreprises parties à l'opération est établie dans l'Union et génère un chiffre d'affaires total d'au moins 500 millions d'euros dans l'Union ; et
- les parties à l'opération ont reçu de pays tiers des « subventions étrangères » totales cumulées supérieures à 50 millions d'euros au cours des trois années précédentes : cela inclut toutes les « subventions étrangères » reçues par toutes les entités qu'elles contrôlent directement ou indirectement.

Le premier seuil est susceptible d'être aisément franchi par de nombreuses entreprises européennes. À cet égard, peu importe si la cible réalise un chiffre d'affaires minime dans l'Union européenne. Dès lors que l'acquéreur réalise plus de 500 millions d'euros de chiffre d'affaires dans l'Union européenne, le premier seuil sera franchi.

Le second seuil doit être rempli par les deux parties à l'opération.

Il n'est pas limité aux « subventions étrangères » perçues par un pays mais suppose au contraire d'additionner toutes les « subventions étrangères » reçues au cours des trois dernières années de tous les pays tiers à l'Union européenne.

Il n'est pas non plus limité à certains pays. Tous les pays non-membres de l'Union européenne sont concernés.

Par exemple, si une entreprise a perçu 15 millions d'euros de « subvention » du Maroc en 2021, 10 millions d'euros des États-Unis en 2022 et 30 millions d'euros du Brésil en 2023, le second seuil de contrôle sera franchi.

Le second seuil n'est pas non plus limité aux seules subventions.

Cela est d'autant plus le cas que la notion de « subvention étrangère » est très vaste.

Les « subventions étrangères » sont toutes les contributions financières octroyées directement ou indirectement

² [Discours sur l'état de l'Union 2023 de la Présidente von der Leyen, 13 September 2023.](#)

³ [Communication de la Commission au Parlement Européen, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions, Plan d'Action Européen pour l'Énergie Éolienne, 24 octobre 2023.](#)

par un pays à une ou plusieurs entreprises ou à un ou plusieurs secteurs :

- les prêts et garanties de prêts ;
- les apports en capital, compensations de pertes d'exploitation, compensations de charges financières imposées par les pouvoirs publics ;
- les annulations ou conversions de dettes en capital ou rééchelonnement de dettes ;
- les abandons de recettes tels que les incitations ou les exonérations fiscales ;
- l'achat de biens ou services (par exemple dans le cadre de marchés publics).

Cette dernière catégorie englobera de très nombreuses relations commerciales entre les entreprises et les États. Par exemple, toutes les entreprises qui soumissionnent et remportent des marchés publics, de fourniture de biens ou de prestations de services, devront prendre en compte les sommes perçues à ce titre comme des « subventions étrangères » au titre du FSR.

La contribution peut avoir été versée par le gouvernement, une collectivité locale, une entreprise publique contrôlée par un pays et même par une entité privée si les décisions de cette entité peuvent être attribuées au pays tiers.

Les seuils apparaissent en définitive peu élevés et, par voie de conséquence, susceptibles d'appréhender de très nombreuses opérations de concentration.

D'ailleurs, d'après un chef d'unité de la Direction générale de la concurrence de la Commission, qui s'est exprimé le 10 octobre 2023, 17 opérations de concentration auraient déjà été prénotifiées à la Commission au titre du FSR⁴.

Tel serait notamment le cas de l'acquisition par le laboratoire pharmaceutique français Cooper de la quasi-totalité de l'activité de médicaments en vente libre de l'entreprise américaine Viartis. Des opérations sans lien immédiat avec le marché unique, comme la prise de contrôle de Capri par Tapestry, deux groupes actifs dans le secteur du luxe et basés aux États-Unis, devront également obtenir l'autorisation de la Commission au titre du FSR avant d'être réalisées.

2. DES MODALITÉS D'APPLICATION CONTRAIGNANTES POUR LES OPÉRATIONS DE FUSION-ACQUISITION

Le FSR repose sur une logique et un fonctionnement très proche du régime communautaire de contrôle des concentrations.

Les modalités d'application du FSR sont précisées dans un règlement d'exécution adopté le 10 juillet 2023 (le « **Règlement d'exécution** »)⁵.

La notification des opérations qui franchissent les seuils s'effectue au moyen d'un formulaire de FS-CO, dont la structure et le contenu sont très proches de ceux du Formulaire CO utilisé dans le régime de contrôle des concentrations.

Les informations que les entreprises concernées devront communiquer à la Commission sont particulièrement étendues : les entreprises devront notamment, pour les contributions financières étrangères considérées comme les plus susceptibles de fausser le marché intérieur⁶, fournir des informations détaillées sur toutes les contributions financières d'un montant individuel d'au moins un million d'euros, octroyées aux parties à la transaction au cours des trois dernières années.

La collecte de ces informations va constituer un enjeu majeur et impliquer des travaux en amont particulièrement importants, *a fortiori* pour des informations qui ne sont pas forcément suivies à un tel niveau d'individualisation au sein des entreprises.

Comme dans le contrôle des concentrations, la prénotification, phase informelle d'échange entre la partie notifiante et la Commission, est très fortement encouragée avant de procéder à la notification formelle.

Le FSR impose une suspension de la réalisation de l'opération jusqu'à la délivrance de la décision d'autorisation, obligation qui contraindra notamment toutes les opérations intermédiaires entre la signature des accords relatifs à l'opération et la réalisation de celle-ci.

La durée d'examen de la notification est de 25 jours ouvrés à compter de la réception d'une notification complète. En

⁴ [European Commission, Let's talk competition - Unpacking the Foreign Subsidies Regulation, Episode 4.](#)

⁵ Règlement d'exécution (UE) 2023/1441 de la Commission du 10 juillet 2023 relatif aux modalités détaillées des procédures mises en œuvre par la Commission en vertu du règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur.

⁶ Sans que cette liste prévue à l'article 5 du FSR ne soit limitative, cela vise notamment les subventions accordées à une entreprise en difficulté, les garanties illimitées (montant et/ou durée) des dettes ou des passifs de l'entreprise, les subventions qui facilitent directement l'opération de croissance externe, ou les subventions non conformes aux règles de l'OCDE sur les crédits à l'exportation qui bénéficient de soutiens publics.

cas de doute sur la compatibilité avec le marché intérieur des « subventions étrangères » reçues, une phase d'enquête approfondie est ouverte. Sa durée est de 90 jours, avec des possibilités de prolongations.

En cas de réalisation de l'opération avant autorisation ou d'absence de notification, la Commission peut prononcer une amende dont le montant maximum est de 10% du chiffre d'affaires total de l'exercice précédent.

En cas de fourniture de renseignements inexacts ou dénaturés dans la notification, le montant maximum de l'amende est de 1 % du chiffre d'affaires total de l'exercice précédent.

Elle peut également imposer des engagements afin de remédier aux distorsions de marché causées par les « subventions étrangères » perçues par les parties à la concentration.

De tels remèdes supposeront des réflexions accrues de la part des entreprises car, en première analyse, le remède le plus fréquemment employé en contrôle des concentrations, la cession d'entreprises ou d'actifs, ne serait pas for-

cément adapté pour remédier à une distorsion de marché causée par des subventions.

La Commission dispose également du pouvoir de remise en cause, *a posteriori*, d'opérations de concentration déjà réalisées.

Enfin, une publicité des décisions sera organisée, mais elle sera beaucoup moins importante que celle qui existe en matière de contrôle des concentrations. En réalité, seules les procédures qui atteindront le stade de l'enquête approfondie seront rendues publiques⁷. Cela n'aidera certainement pas les entreprises à connaître les orientations de la Commission sur son application du FSR.

Désormais, il existera des cas où une opération de concentration sera contrôlée au titre d'un ou plusieurs contrôles des concentrations, d'un ou plusieurs contrôles des investissements étrangers et du FSR. Cela devra indubitablement être pris en compte et anticipé par les entreprises car les impacts seront conséquents, notamment sur la structuration des opérations, sur les informations à collecter en amont et sur le calendrier.

⁷ À l'instar de ce qui existe dans le régime communautaire des aides d'États.