



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droits français et européen  
Dirigé par Madame Sophie Gjidara-Decaix,  
Maître de conférences H.D.R.  
2023**

***Le contrôle des subventions étrangères en  
droit européen***

**Jingyao WANG**

**Sous la direction de Madame Laurence Nicolas-Vullierme,  
Maître de conférences H.D.R.**



## **AVERTISSEMENT**

*L'université Paris-Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires de recherche ; elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

## **REMERCIEMENTS**

Je tiens à remercier sincèrement Mme Laurence Nicolas-Vullierme pour avoir accepté de me diriger avec bienveillance et pour ses précieux conseils.

Je remercie également l'ensemble de l'équipe pédagogique et administrative du Master 2 Droit français et européen pour la qualité des cours proposés et pour leur aide.

Je remercie enfin mes parents et mes amis pour leur soutien inestimable.

## LISTE DES ABBRÉVIATIONS

- Accord SMC** : Accord sur les subventions et les mesures compensatoires
- AECG** : Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne
- AGCS** : Accord général sur le commerce des services
- Aff.** : affaire
- Aff. jtes** : affaires jointes
- ALENA** : Accord de libre-échange nord-américain
- CIRDI** : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
- CJCE** : Cour de justice des Communautés européennes
- CJUE** : Cour de justice de l'Union européenne
- IDE** : investissement direct étranger
- JO** : Journal officiel de l'Union européenne
- OA** : Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce
- OCDE** : Organisation de coopération et de développement économiques
- OMC** : Organisation mondiale du commerce
- ORD** : Organe de règlement des différends
- Para.** : paragraphe
- Préc.** : précité(e)
- Pt** : point
- RLC** : Revue Lamy de la concurrence
- TFUE** : Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
- TPICE** : Tribunal de première instance des communautés européennes
- Trib. UE** : Tribunal de l'Union européenne
- UE** : Union européenne
- UNCITRAL** : United Nations Commission on International Trade Law
- ZEuS** : Zeitschrift für Europarechtliche Studien

# SOMMAIRE

## PARTIE I

### LA MISE EN PLACE D'UN MÉCANISME POUR GARANTIR LES CONDITIONS DE CONCURRENCE ÉQUITABLES

#### **Chapitre 1 : Un champ d'application élargi**

Section 1 : Le champ d'application *ratione personae*

Section 2 : Le champ d'application *ratione materiae*

Section 3 : Le champ d'application *ratione loci*

#### **Chapitre 2 : Un traitement amélioré des distorsions dans le marché intérieur**

Section 1 : Une approche affinée dans l'appréciation des distorsions

Section 2 : Une approche composite dans la réparation des distorsions

## PARTIE II

### LA MISE EN QUESTION DU MÉCANISME POUR GARANTIR LES CONDITIONS DE CONCURRENCE ÉQUITABLES

#### **Chapitre 1 : La légalité douteuse de la mise en place du *Règlement***

Section 1 : La légalité du mécanisme au regard du droit de l'OMC

Section 2 : La légalité du mécanisme au regard du droit des investissements internationaux

#### **Chapitre 2 : L'efficacité limitée de l'application du *Règlement***

Section 1 : La difficulté d'application au sein de l'UE

Section 2 : La difficulté d'application en dehors de l'UE

# INTRODUCTION GÉNÉRALE

**Sortie du nouveau règlement** - Le 23 décembre 2022, le Règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur<sup>1</sup> (ci-après *Règlement*) a été publié au Journal officiel de l'Union européenne. Comme son nom l'indique, le Règlement établit un nouveau mécanisme juridique permettant de remédier aux distorsions créées par les subventions accordées par des pays tiers, c'est-à-dire les pays hors l'UE, à des entreprises opérant sur le marché intérieur de l'UE<sup>2</sup>. Ce faisant, il a pour objectif d'assurer l'« égalité des conditions de concurrence »<sup>3</sup> entre toutes les entreprises européennes et non européennes, pour des activités économique qu'elle exercent dans le marché intérieur. Au jour de l'entrée en vigueur du *Règlement*, la vice-présidente exécutive chargée de la politique de concurrence, Margrethe Vestager, a réitéré le but de ce nouvel outil de contrôle des subventions étrangères :

*« Notre économie est ouverte, et c'est la raison pour laquelle nous devons garantir des conditions équitables pour tous les acteurs du marché. À partir d'aujourd'hui, nous disposons également d'un nouvel outil pour veiller à ce que toutes les entreprises exerçant des activités dans l'UE soient traitées sur un pied d'égalité. Ce nouveau règlement nous permettra de lutter contre les soutiens de pays tiers générant des distorsions, au bénéfice de la concurrence et de l'égalité des conditions au sein du marché unique. »<sup>4</sup>*

**Annnonce** - Pour mieux comprendre pourquoi le législateur européen a tant insisté sur le rétablissement des conditions équitables de concurrence au point qu'il était nécessaire d'adopter un nouveau texte au niveau communautaire, il convient de rappeler que l'idée de la neutralité concurrentielle combinée avec le désir d'une autonomie stratégique (**Section 1**), ainsi que l'insuffisance d'outils légaux européens et internationaux (**Section 2**), ont poussé l'UE à avoir recours à un nouveau mécanisme unilatéral pour encadrer les aides publiques de pays tiers.

---

<sup>1</sup> Règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, JO L 330 du 23.12.2022, p. 1-45.

<sup>2</sup> Conseil de l'Union Européenne, Communiqué de presse, « Le Conseil approuve définitivement la lutte contre les subventions étrangères générant des distorsions dans le marché intérieur », 28 novembre 2022, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/11/28/council-gives-final-approval-to-tackling-distortive-foreign-subsidies-on-the-internal-market/>

<sup>3</sup> Paragraphe 2 du préambule du *Règlement*.

<sup>4</sup> Commission européenne, Communiqué de presse, « Règlement relatif aux subventions étrangères : entrée en vigueur des règles visant à garantir des marchés de l'UE équitables et ouverts », 12 janvier 2023, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_23\\_129](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_23_129)

## Section 1 : Le contexte économique et politique

**Idée de neutralité concurrentielle** - L'idée de condition de concurrence équitable (« *a level playing field* » en anglais) est étroitement liée au concept de neutralité concurrentielle, qui, développé dans des pays anglo-saxons<sup>5</sup>, est aujourd'hui largement répandu dans les États membre de l'OCDE<sup>6</sup>. Selon cette dernière, il y a neutralité concurrentielle lorsqu'aucune entité opérant sur un marché économique ne bénéficie d'avantages ou de désavantages concurrentiels indus<sup>7</sup>. De cette sorte, la concurrence peut rester non faussée sur les marchés, ce qui contribue à servir les intérêts des consommateurs et de l'économie<sup>8</sup>. En réalité, les avantages ou désavantages « indus » résultent principalement de l'intervention des pouvoirs publics dans l'économie, par l'intermédiaire des entreprises publiques en concurrence avec celles privées<sup>9</sup>, ou par des mesures concrètes telles que l'octroi des subventions<sup>10</sup>.

**Importance de la neutralité concurrentielle à l'UE** - L'UE a très tôt adopté cette notion et a volontiers considéré le régime communautaire du contrôle des aides d'État comme une application du principe de neutralité concurrentielle<sup>11</sup>, bien que ce régime existe bien avant que les discussions internationales sur cette notion aient commencé. Guidée par le principe de neutralité compétitive qu'elle juge « hautement important »<sup>12</sup>, l'UE a également voulu étendre ce principe sur le plan international et en faire une « valeur fondamentale » sur laquelle reposent les relations commerciales et l'application des règles de concurrence<sup>13</sup>.

---

<sup>5</sup> Régis LANNEAU, « Droit public économique - La neutralité concurrentielle, nouvelle boussole du droit (public) économique ? », *Droit Administratif* n° 1, Janvier 2016, étude 1.

<sup>6</sup> OCDE, *Competitive Neutrality - A Compendium of OECD Recommendations, Guidelines and Best Practices*, 2012.

<sup>7</sup> *ibid.*, p. 13.

<sup>8</sup> Régis LANNEAU, « Droit public économique - La neutralité concurrentielle, nouvelle boussole du droit (public) économique ? », *op. cit.*

<sup>9</sup> OCDE, *Competitive Neutrality - A Compendium of OECD Recommendations, Guidelines and Best Practices*, préc., p.13.

<sup>10</sup> *ibid.*, p. 53.

<sup>11</sup> European Commission, *Discussion on Corporate Governance and the Principle of Competitive Neutrality for State-owned Enterprises*, 28 September 2009, DAF/COMP/WP3/WD(2009)57, paras. 8-13.

<sup>12</sup> Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Enforcement, note by the European Union, 16-18 June 2015, DAF/COMP/WD(2015)31, para. 2.

<sup>13</sup> *ibid.*, para. 3.

**Pratiques de subvention sur le plan international** - Or, dans le domaine de l'économie internationale, ce principe n'est pas toujours perçu comme d'une importance capitale par d'autres pays, surtout les pays en développement. Pendant les années récentes, il y a une nouvelle vague de subventions industrielles et de subventions d'investissement transfrontalières accordées par de nombreux pays en vue d'accroître la présence de leurs entreprises sur le marché international<sup>14</sup>. L'UE a observé « un nombre croissant de cas où des subventions étrangères semblent avoir facilité l'acquisition d'entreprises européennes, influencé d'autres décisions d'investissement, faussé le commerce des services ou influencé d'une autre manière le comportement de leurs bénéficiaires sur le marché de l'UE »<sup>15</sup>. Tandis que les États membre de l'UE sont soumis au régime du contrôle des aides d'État qui leur interdit en principe les subventions octroyées aux entreprises dans le marché intérieur, ils se sentent dans une situation défavorisée face aux aides publiques venant de pays tiers, tels que les États-Unis, la Chine et les Émirats arabes unis<sup>16</sup>, pour soutenir le développement de leurs entreprises dans l'UE. S'appuyant sur le principe de neutralité concurrentielle, l'UE considère que les subventions étrangères génèrent des distorsions dans le marché intérieur en créant des inégalités dans les conditions<sup>17</sup>.

**Considérations stratégiques** - Les conditions de concurrence inégales ne représentent pas tous les soucis du législateur européen. En effet, l'UE a sa propre stratégie industrielle qui consiste à permettre à l'industrie européenne d'être leader dans la transition écologique et digitale<sup>18</sup>. Or, l'expansion des entreprises *étrangères* dans des secteurs industriels stratégiques, avec le soutien économique de leur pays, risque de réduire la compétitivité et capacité relatives de l'industrie *européenne* et élever le degré de dépendance de celle-ci. C'est la raison pour laquelle

---

<sup>14</sup> Gary HUFBAUER, Thomas MOLL and Luca RUBINI, "Investment Subsidies for Cross-Border M&A: Trends and Policy Implications", United States Council Foundation Occasional Paper No. 2, April 2008.

<sup>15</sup> Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market, 5 May 2021, {COM(2021) 223 final} - {SEC(2021) 182 final} - {SWD(2021) 100 final}, p. 5.

<sup>16</sup> Lena HORNKOHL, "Introduction", in Lena HORNKOHL ed., *White Paper - How will the new EU Foreign Subsidies Regulation work?*, Wolters Kluwer, 2023, pp. 3-9.

<sup>17</sup> Paragraphe 4 du préambule du *Règlement*.

<sup>18</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Une nouvelle stratégie industrielle pour l'Europe », le 10 mars 2020, COM/2020/102 final, pp. 1-5.

l'UE insiste sur son « autonomie stratégique »<sup>19</sup>, surtout dans le contexte des tensions politiques et géo-économiques<sup>20</sup>. Ainsi, l'encadrement des subventions étrangères semble nécessaire.

## **Section 2 : Le contexte juridique**

**Non-applicabilité du droit des aides d'État** - Selon le Conseil européen, les conditions de concurrence inégales résultent d'un « vide réglementaire »<sup>21</sup> dans le marché intérieur concernant les subventions étrangères. Tout d'abord, le régime du contrôle des aides d'État, établi par les articles 107 et 108 du TFUE, ne s'applique pas aux subventions accordées par les pays hors l'UE à des entreprises actives dans le marché intérieur<sup>22</sup>. Il s'ensuit que les subventions d'origine européenne doivent passer par un contrôle strict avant de parvenir à des entreprises, alors que les subventions de pays tiers profitent sans obstacles à leurs destinataires en concurrence avec ces entreprises, d'où les distorsions de la concurrence équitables.

**Insuffisance du droit de l'OMC** - En second lieu, l'UE estime que le système multilatéral de l'OMC ne fournit pas d'instrument efficace en matière des subventions : les outils de défense commerciale adoptés dans le cadre du droit de l'OMC, tels que le règlement sur les mesures compensatoires<sup>23</sup>, sont applicables aux subventions relatives à l'importation et l'exportation des biens, mais pas « lorsque des subventions étrangères se présentent sous la forme d'investissements subventionnés ou lorsqu'il s'agit de services et de flux financiers »<sup>24</sup>. Compte tenu du fait que les aides publiques sont aujourd'hui de plus en plus destinées aux fusions et

---

<sup>19</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions EMPTU, « L'heure de l'Europe: réparer les dommages et préparer l'avenir pour la prochaine génération », le 11 décembre 2019, COM/2020/456 final, p. 2.

<sup>20</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions EMPTU, « Réexamen de la politique commerciale - Une politique commerciale ouverte, durable et ferme », le 18 février 2021, COM/2021/66 final, p. 1.

<sup>21</sup> Conseil de l'Union Européenne, Communiqué de presse, « Le Conseil approuve définitivement la lutte contre les subventions étrangères générant des distorsions dans le marché intérieur », préc.

<sup>22</sup> Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, le 17 juin 2020, COM/2020/253 final, p. 7.

<sup>23</sup> 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. 55-91.

<sup>24</sup> Paragraphe 5 du préambule du *Règlement*.

acquisitions<sup>25</sup>, aux passations de marchés publics et aux investissements greenfield<sup>26</sup>, qui ne relèvent pas forcément du commerce des marchandises, l'UE a préconisé une réforme du droit de l'OMC pour de meilleures règles sur les subventions industrielles. En 2018, l'UE a présenté à l'OMC un projet de « modernisation » des règles du commerce international pour mieux suivre une telle « évolution économique »<sup>27</sup>. Deux ans plus tard, l'UE, les États-Unis et le Japon, lors d'une réunion trilatérale, ont discuté des moyens de renforcer les règles de l'OMC en matière de subventions industrielles<sup>28</sup>.

**Action unilatérale** - Pourtant, l'UE n'a pas choisi de s'appuyer seulement sur les modifications du système de l'OMC. En revanche, elle a estimé nécessaire d'adopter des règles au niveau communautaire afin de remédier aux effets de distorsion générés par les subventions de pays tiers. Le 17 juin 2020, suite aux recommandations de certains États membres<sup>29</sup>, la Commission a adopté un Livre blanc sur les subventions étrangères dans lequel a été proposé l'établissement d'un cadre légal à trois modules permettant de s'attaquer à ces aides étrangères<sup>30</sup>. Ce livre blanc a donné lieu à une proposition de règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur<sup>31</sup>, sortie en 2021. Ensuite, un accord politique a été fait entre le Conseil et le Parlement en juin 2022 concernant l'adoption dudit *Règlement*.<sup>32</sup> Enfin, après

---

<sup>25</sup> Gary HUFBAUER, Thomas MOLL and Luca RUBINI, "Investment Subsidies for Cross-Border M&A: Trends and Policy Implications", préc.

<sup>26</sup> Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market, préc.

<sup>27</sup> Commission européenne, Communiqué de presse, « La Commission européenne présente une approche globale de la modernisation de l'Organisation mondiale du commerce », 18 septembre 2018, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_18\\_5786](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_5786)

<sup>28</sup> Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union, 14 January 2020, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/january/joint-statement-trilateral-meeting-trade-ministers-japan-united-states-and-european-union>

<sup>29</sup> Par exemple, les Pays Bas ont présenté en 2019 un « non-paper » sur les conditions de concurrence équitables. Voir Non-paper - Strengthening the level playing field on the internal market, 9 December 2019, <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field>

<sup>30</sup> Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, préc., p. 15.

<sup>31</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, le 5 mai 2021, {SEC(2021) 182 final} - {SWD(2021) 99 final} - {SWD(2021) 100 final}.

<sup>32</sup> Conseil de l'UE, Communiqué de presse, « Subventions étrangères faussant le marché intérieur : accord politique provisoire entre le Conseil et le Parlement européen », le 30 juin 2022, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/06/30/foreign-subsidies-regulation-political-agreement/>

adoption par les deux institutions et publication sur le *Journal officiel*, le *Règlement* est entré en vigueur le 12 janvier 2023. La plupart des dispositions du *Règlement* sont déjà applicables dès le 12 juillet 2023.

**Informations générales sur le *Règlement*** - Afin de mieux lutter contre les subventions de pays tiers, le *Règlement* prévoit deux types de contrôle par la Commission :

- deux outils d'autorisation *ex ante*, basés sur l'obligation de notification, pour que les fusions et les offres les plus importantes dans le cadre de procédures de passation des marchés publics de grande envergure ;
- un outil général d'enquête *ex officio* sur le marché permettant d'examiner toutes les autres situations de marché ainsi que les fusions et marchés publics de moindre ampleur<sup>33</sup>.

La Commission peut prendre des mesures réparatrices ou accepter des engagements de l'entreprise subventionnée si elle parvient, à l'issue de deux phases d'examen, à identifier une distorsion dans le marché intérieur.

**Plan du mémoire** - Avec une telle rapidité dans l'adoption du *Règlement*, il est clair que le législateur européen est fermement décidé à lutter contre les subventions de pays tiers pour assurer des conditions de concurrence plus équitables dans le marché intérieur. Quelles sont les nouvelles dispositions mises en place et de quelle manière appréhenderont-elles les subventions ? Ce nouveau mécanisme propose-t-il vraiment une méthode efficace d'atteindre son objectif ? Quels sont les risques et enjeux susceptibles d'être entraînés par le *Règlement* ? La présente étude explorera en détail les outils mis en place par le nouveau *Règlement* et la façon dont ils s'attaquent aux distorsions causées par les subventions étrangères (**Partie I**), avant de procéder à discuter ses points discutables dans une perspective plus large (**Partie II**).

---

<sup>33</sup> *ibid.*

## **PARTIE I : LA MISE EN PLACE D'UN MÉCANISME POUR GARANTIR LES CONDITIONS DE CONCURRENCE ÉQUITABLES**

**Annonce** - Le nouveau *Règlement* est né de la volonté politique d'appréhender et de maîtriser les subventions venant des pays tiers, en vue de préserver les conditions équitables de concurrence dans le marché intérieur. Pour le faire, il faut que le nouveau mécanisme soit capable d'identifier au maximum les différentes subventions étrangères avant de les traiter, ce qui implique donc un large champ d'application (**Chapitre 1**). Ensuite, les conditions de concurrence équitables ne peuvent être garanties que si les effets négatifs sur la concurrence sont bien levés, ce qui implique que le législateur européen affine le traitement des distorsions dans le marché intérieur causées par les subventions (**Chapitre 2**).

### **Chapitre 1 : Un champ d'application élargi**

**Annonce** - Quelles sont les « subventions étrangères » visées par le *Règlement* ? Dans le but de lutter contre les subventions étrangères les plus diverses possibles, il est envisageable que le législateur européen a bien l'ambition à élargir le champ d'application du *Règlement*. Ce premier chapitre explorera ainsi la manière dont le législateur européen amplifie, en s'inspirant des outils juridiques existants, le champ d'application *ratione personae* (**Section 1**), le champ d'application *ratione materiae* (**Section 2**) et le champ d'application *ratione loci* (**Section 3**) du nouveau mécanisme.

#### **Section 1 : Le champ d'application *ratione personae***

**Consécration de la notion d'entreprise** - S'agissant de la définition de subvention étrangère, l'article 3, paragraphe 1 du *Règlement* précise que sont visées les subventions accordées à des « entreprises », une notion tellement bien établie en droit européen de la concurrence que le législateur européen n'a pas à répéter sa définition dans un texte relatif à la concurrence dans le marché intérieur.

**Annonce** - L'entreprise reste la notion centrale du champ d'application *ratione personae* des règles. Tandis que la définition de ce concept fait défaut dans les textes, le juge européen s'est chargé d'en façonner le sens juridique de manière assez cohérente dans les différents domaines

du droit de la concurrence. La notion d'entreprise est ainsi entendue par la jurisprudence comme une « unité économique », ce qui permettra au *Règlement* de saisir le plus d'acteurs possibles (**Paragraphe 1**) ; elle est définie par l'exercice d'une « activité économique », un critère qui permettra de détecter les subventions dans les secteurs les plus divers (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1 : L'unité économique**

**Réalité économique contre personnalité juridique** - La jurisprudence voit dans l'entreprise une entité économique et non une personne juridique. L'accent est placé sur la réalité économique de cette entité ainsi que sur la manière dont elle agit sur le marché concurrentiel. Ainsi, la Cour européenne utilise constamment la notion d'entreprise, au lieu d'autres notions comme « société » ou « personne morale », pour désigner l'auteur d'une infraction au droit de la concurrence, susceptible d'être sanctionné en application des articles 101 et 102 TFUE<sup>34</sup>.

Cette notion est d'autant plus significative lorsqu'il existe en effet plusieurs personnes, morales ou physiques, qui sont économiquement liées l'une à l'autre, comme dans le cas des groupes de sociétés. Comme l'a souligné la Cour dans l'arrêt *Hydrotherm*, la notion d'entreprise doit être comprise comme une unité économique « même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales »<sup>35</sup>. Par conséquent, l'infraction au droit de la concurrence d'une personne peut être imputée à une autre, pourvue qu'elles forment une unité économique et donc une seule entreprise.

**Imputation de responsabilité** - Pour déterminer si plusieurs entités ayant chacune une personnalité juridique distincte peuvent être considérées comme une unité économique, la jurisprudence examine si elles agissent de manière autonome. Faute d'autonomie, le comportement d'une filiale contrôlée par la société mère pourra être imputé à cette dernière<sup>36</sup> ou

---

<sup>34</sup> CJUE, 25 novembre 2020, *Commission européenne c/ GEA Group AG*, aff. C-823/18 P, EU:C:2020:955, pt 62.

<sup>35</sup> CJCE, 12 juillet 1984, *Hydrotherm*, aff. 170/83, ECLI:EU:C:1984:271, pt 11.

<sup>36</sup> CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) c/ Commission*, aff. 48/69, EU:C:1972:70, pts 132-133 ; CJCE, 6 mars 1974, *Commercial Solvents*, aff. jtes 6/73 et 7/73, EU:C:1974:18, pt 36.

aux deux solidairement<sup>37</sup>. Pour établir le contrôle ou l'influence déterminante<sup>38</sup> exercée par la société mère sur sa filiale, les juges européens ont souvent recours à une « présomption capitalistique » réfragable<sup>39</sup> qui est remplie par la preuve que la totalité ou la quasi-totalité du capital de cette filiale est détenue par la société mère<sup>40</sup>. En cas de contrôle capitalistique plus lâche<sup>41</sup>, une influence déterminante peut tout de même être établie au moyen d'un « faisceau d'indices »<sup>42</sup> comprenant notamment des éléments relatifs aux « liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent cette filiale à la société mère »<sup>43</sup>.

En matière du contrôle des concentrations, la logique est pareille. La Commission, dans sa Communication du 2 mars 1998 sur la notion d'entreprises concernée, a déclaré que « toutes les sociétés faisant partie d'un groupe (sociétés mères, filiales, etc.) constituent une seule entité économique, c'est pourquoi il ne peut y avoir qu'une seule entreprise concernée au sein d'un même groupe »<sup>44</sup>. Quant au droit des aides d'État, puisque les règles sont adressées aux États, peu d'importance a été attachée à la structure interne des entreprises. Toutefois, la jurisprudence a bien repris la définition de l'entreprise posée dans l'arrêt *Höfner*<sup>45</sup>, se plaçant ainsi dans la cohérence avec les autres branches du droit de la concurrence.

**Incidences sur le Règlement** - En optant pour le terme entreprise, le *Règlement* sera capable de capter un grand nombre de subventions accordées à une société autre que celle qui exerce son activité sur le marché lorsque les deux font partie de la même entreprise. Ainsi, même si une

---

<sup>37</sup> TPICE, 14 décembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG c/ Commission*, aff. jtes T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, ECLI:EU:T:2006:396, pt 21.

<sup>38</sup> Luc DESAUNETTES-BARBERO et Étienne THOMAS, *Droit matériel européen des abus de position dominante. Textes et commentaires*, Bruylant, 2019, p. 31.

<sup>39</sup> CJUE, 13 décembre 2012, *Alliance One International c/ Commission*, aff. C-593/11 P, ECLI:EU:C:2012:804, pt 43.

<sup>40</sup> CJUE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV c/ Commission*, aff. C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, pt 39 ; CJUE, 9 mars 2011, *ArcelorMittal Luxembourg c/ Commission européenne et Commission c/ ArcelorMittal Luxembourg e.a.*, aff. jtes C-201/09 P et C-216/09 P, ECLI:EU:C:2010:634, pt 195.

<sup>41</sup> Nicolas PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 3e éd., 2020, p. 254.

<sup>42</sup> Luc DESAUNETTES-BARBERO et Étienne THOMAS, *Droit matériel européen des abus de position dominante. Textes et commentaires, op. cit.*, p. 31.

<sup>43</sup> CJUE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV c/ Commission*, aff. C-97/08 P, préc., pt 65.

<sup>44</sup> Communication de la Commission sur la notion d'entreprises concernées au sens du règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (98/C 66/03), le 2 mars 1998, para. 19.

<sup>45</sup> CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, aff. C-41/90, EU:C:1991:161, pt 21 ; CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, aff. jtes C 180/98 à C 184/98, ECLI:EU:C:2000:428, pts 74-75.

filiale n'a reçu aucune subvention, elle pourra tout de même faire l'objet de l'examen d'office mené par la Commission conformément à l'article 9 du *Règlement*, pourvu que des subventions soient accordées à la société mère. Il en va de même pour l'obligation préalable de notification consacrée dans l'article 21 du *Règlement* : lorsqu'une société s'implique dans une concentration, elle sera tenue de notifier à la Commission les informations sur les subventions reçues par sa société mère, sa société sœur ou sa filiale.<sup>46</sup>

Deuxièmement, cette notion d'entreprise permettra de « grossir artificiellement l'assiette de chiffre d'affaires sur lequel calculer le plafond de l'amende maximale »<sup>47</sup>, en vue d'une force dissuasive des pénalités. Pour sanctionner la non-exécution des décisions adoptées par la Commission relatives aux engagements, aux mesures provisoires et réparatrices, l'article 17, paragraphe 5 du *Règlement* prévoit une amende de jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise au cours de l'exercice précédent. Compte tenu du gros volume économique d'un groupe de sociétés considéré comme une même entreprise, une telle amende peut soumettre les entités à des pressions énormes et les contraindre à se conformer aux dispositions du *Règlement*.

## **Paragraphe 2 : L'activité économique**

**L'exercice d'une activité économique, élément essentiel de la notion d'entreprise** - Dans l'arrêt *Höfner* rendu le 23 avril 1991, la Cour européenne a considéré que la notion d'entreprise « comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »<sup>48</sup>. Cette définition, devenue classique<sup>49</sup>, met l'exercice d'une activité économique au centre de la notion. Ici encore, l'aspect économique prime sur l'aspect juridique, ce qui fait de la notion d'entreprise un concept fonctionnel et extensif, dans le but d'« appréhender le plus grand nombre d'entités possibles »<sup>50</sup>. Cette notion réapparaît dans le premier paragraphe de l'article 3 du *Règlement*.

---

<sup>46</sup> Xueji SU, "A Critical Analysis of the EU's Eclectic Foreign Subsidies Regulation: Can the Level Playing Field Be Achieved?", *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 50, no. 1, 2023, pp. 67-92.

<sup>47</sup> Nicolas PETIT, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 253.

<sup>48</sup> CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, préc., pt 21.

<sup>49</sup> Linda ARCELIN, « Entreprise », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 12245.

<sup>50</sup> Luc DESAUNETTES-BARBERO et Étienne THOMAS, *Droit matériel européen des abus de position dominante. Textes et commentaires*, op. cit., p. 25.

**Fourniture de biens ou de services** - Selon la jurisprudence communautaire constante, l'activité économique d'une entreprise consiste à « offrir des biens ou des services sur un marché donné »<sup>51</sup>. Il s'agit d'une définition assez extensive, car il est presque impossible de concevoir l'existence d'un secteur économique qui ne relève pas de la fourniture de biens ou de services. Par conséquent, le *Règlement* peut en principe s'appliquer à tous les domaines économiques, allant du commerce jusqu'aux activités financières en passant par la production industrielle<sup>52</sup>.

Puisque l'accent est mis sur la nature économique de l'entreprise, peu importe donc la forme juridique ou la composition capitalistique. Le fait qu'une entité est un « office public » ne suffit pas pour l'exclure la qualification d'entreprise si cette entité publique s'engage dans l'offre de marchandises ou dans la prestation de services<sup>53</sup>, même si l'activité est sans but lucratif<sup>54</sup>. Ainsi, les entités publiques étrangères exerçant des activités économiques dans l'UE sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application du *Règlement*.

**Conditions de marché** - Qui plus est, l'activité économique doit être exercée dans des conditions de marché, c'est-à-dire sur un marché concurrentiel<sup>55</sup>, en concurrence avec d'autres entreprises et dans les conditions comparables à celles d'autres opérateurs économiques<sup>56</sup>. Cela implique que soient exclues les activités à finalité purement sociale et qui font intrinsèquement partie des prérogatives de puissance publique<sup>57</sup>, comme la police et la surveillance antipollution<sup>58</sup>. En outre, si l'activité peut être dissociée de l'exercice des prérogatives de puissance publique, l'entité qui exerce cette activité peut tout de même être qualifiée d'entreprise<sup>59</sup>.

---

<sup>51</sup> CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96, EU:C:1998:303, pt 36.

<sup>52</sup> Alain ALEXIS, « Foreign subsidy controls: The new European Commission proposal », *Concurrences* N° 4-2021, Art. N° 102820, pp. 210-218.

<sup>53</sup> CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, préc., pt 24.

<sup>54</sup> CJCE, 1er juillet 2008, *MOTOE*, aff. C 49/07, ECLI:EU:C:2008:376, pts 27-28.

<sup>55</sup> CJUE, 7 novembre 2019, *Aanbestedingskalender BV e.a. c/ Commission*, aff. C-687/17, ECLI:EU:C:2019:932, pts 15-20.

<sup>56</sup> Michaël KARPENSCHIF, *Manuel de droit européen des aides d'État*, Bruylant, 4<sup>e</sup> éd., 2021, p. 30.

<sup>57</sup> Jacques DERENNE, « Aide d'État (notion) », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, *Concurrences*, Art. N° 86434 ; CJCE, 19 février 1994, *SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92, EU:C:1994:7, pt 30.

<sup>58</sup> 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 (2016/C 262/01), le 19 juillet 2016, pt 17.

<sup>59</sup> CJCE, 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati c/ Commission*, aff. C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, pts 71-80.

Il est peu fréquent qu'un pays étranger soit motivé d'accorder des subventions aux entités purement européennes, chargées de missions qui consistent exclusivement en l'exercice des prérogatives de puissance publique d'un État européen. En revanche, la grande majorité des opérateurs, étrangers ou contrôlés depuis l'étranger, ayant leur activité dans un secteur économique quelconque, ont en effet peu de chance d'échapper à la qualification d'entreprise<sup>60</sup>. Même si un tel opérateur entre dans un secteur à caractère largement social, à savoir l'éducation ou la santé, ou bien se voit déléguer une partie de la puissance publique, il sera considéré comme exerçant une activité économique pourvu qu'il existe « un certain degré de concurrence »<sup>61</sup> entre les différents prestataires de biens ou de services du même secteur.

**Conclusion** - Comme démontré plus haut, en adoptant la notion d'entreprise définie de manière cohérente et extensive en droit communautaire de la concurrence, le *Règlement* est doté d'un large champ d'application *ratione personae*, ce qui permettra de mieux saisir les différents opérateurs dans divers secteurs économiques, qui sont susceptibles de recevoir des « subventions étrangères ».

## **Section 2 : Le champ d'application *ratione materiae***

**Annonce** - En effet, le *Règlement* a pour but de faire face aux défis présentés par ces « subventions étrangères ». Après avoir préalablement exposé les destinataires des subventions, la présente section sera concentrée sur les subventions elle-mêmes pour comprendre le champ d'application *ratione materiae* du *Règlement*. En quoi consiste une subvention étrangère ? Selon l'article 3 du *Règlement*, il s'agit d'une « contribution financière », accordée par un pays tiers, qui confère un avantage à une entreprise et présente des caractères de sélectivité<sup>62</sup>. Une telle définition de la nature des subventions, à la lumière du contrôle des aides d'État et des subventions internationales, semble confirmer la volonté du législateur européen d'appréhender le maximum de subventions. Elle permettra de discerner les subventions sous différentes formes (**Paragraphe 1**), ainsi que de remonter à diverses origines de subventions (**Paragraphe 2**).

---

<sup>60</sup> Au demeurant, il convient de faire remarquer qu'en cas de commerce des biens, les règles anti-subvention dans le cadre du droit de l'OMC sont applicables en premier lieu.

<sup>61</sup> 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, préc., pt 26.

<sup>62</sup> Article 3.1 du *Règlement*.

## Paragraphe 1 : La diversité des formes de contributions financières

**Annonce** - Selon l'article 3.2 du *Règlement*, une subvention étrangère est une contribution financière qui peut prendre plusieurs formes, allant du transfert de fonds à la fourniture ou l'achat de biens ou de services (A). Pourtant, cette liste n'est pas exhaustive. La jurisprudence européenne en matière des aides d'État donne de nombreuses illustrations des contributions plus complexes, qui seront très probablement transposées aux fins du présent *Règlement* (B).

### A. Les formes de subventions selon le texte

**Transfert de fonds** - Il apparaît que les trois formes de contribution financière listées dans l'article 3.2 du *Règlement* sont largement un copié-collé de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. Ce dernier identifie d'abord le « transfert direct de fonds »<sup>63</sup>, qui peut être actuel ou potentiel. Les transferts actuels comprennent notamment les dons, les prêts et les participations au capital social par les pouvoirs publics, tandis que les garanties de prêt sont considérées comme des transferts potentiels<sup>64</sup>. Le texte du *Règlement* ne fait pas explicitement cette distinction, mais inclut déjà les garanties de prêt<sup>65</sup>. En plus, le législateur européen fait avancer la démarche en qualifiant également de transfert de fonds la conversion de la dette en capital<sup>66</sup>, une mesure visant à réduire le passif d'une entreprise de manière plutôt indirecte.

**Abandon de recettes normalement exigibles** - En sens inverse, une contribution financière peut aussi prendre la forme d'un abandon des recettes dues aux pouvoirs publics. Le *Règlement* dispose que constituent des subventions « [l]es exonérations fiscales ou l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs sans rémunération adéquate »<sup>67</sup>. À la différence de l'Accord SMC, le législateur européen est d'avis que les incitations fiscales peuvent aussi caractériser un transfert de fonds<sup>68</sup>, mais il ne s'agit en effet que des deux faces d'une même pièce.

---

<sup>63</sup> Article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC.

<sup>64</sup> *ibid.*

<sup>65</sup> Article 3.2 a) du *Règlement*.

<sup>66</sup> *ibid.*

<sup>67</sup> Article 3.2 b) du *Règlement*.

<sup>68</sup> *ibid.*

**Fourniture ou achat de biens ou de services** - La fourniture et l'achat des biens et services par le pouvoir public constituent également des contributions financières<sup>69</sup>. Or, comme l'indique l'Accord SMC, l'infrastructure générale fournie par les pouvoirs publics devra être exclue de la définition de subvention<sup>70</sup> dans le *Règlement*.

## B. Les formes de subventions selon la jurisprudence

**Pluralité de subventions atypiques** - L'expression « entre autres »<sup>71</sup> indique bien le caractère non exhaustif de l'énumération des contributions financières dans l'article 3.2 du *Règlement*. En effet, en dehors de ces trois types principaux de contribution financière, il existe dans la vie réelle de nombreuses formes de subvention qui ne sont pas faciles à classer dans l'un de ces types. C'est pour cette raison que l'article 107 du TFUE stipule qu'une contribution financière peut être accordée « sous quelque forme que ce soit »<sup>72</sup>, ce qui présente le caractère « éminemment malléable »<sup>73</sup> de la notion d'aide d'État. La jurisprudence de la Cour européenne se charge ainsi d'apprécier au cas par cas l'existence d'une contribution financière.

**Exemples** - En réalité, les techniques fiscales sont le plus souvent beaucoup plus complexes qu'une simple exonération d'impôts et n'impliquent pas forcément de transferts de fonds visibles. Par exemple, constitue une aide d'État le régime fiscal italien d'imposition des plus-values résultant du « réaligement » de la valeur fiscale de certains actifs sur leur valeur comptable, parce que cette mesure fait bénéficier certains établissements de crédit d'un avantage fiscal<sup>74</sup>.

La jurisprudence ne cesse d'être enrichie par l'évolution de la réalité économique et sert de référence pour le nouveau mécanisme. Ainsi, il est à espérer qu'avec le *Règlement*, les diverses formes de subventions étrangères pourront être appréhendées au maximum.

---

<sup>69</sup> Article 3.2 c) du *Règlement*.

<sup>70</sup> Article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.

<sup>71</sup> Article 3.2 du *Règlement*.

<sup>72</sup> Article 107.1 du TFUE.

<sup>73</sup> Michaël KARPENSCHIF, *Manuel de droit européen des aides d'État*, op. cit., p. 54.

<sup>74</sup> CJUE, 21 juin 2012, *BNP Paribas et BNL c/ Commission*, aff. C-452/10 P, ECLI:EU:C:2012:366, pts 57-69.

## Paragraphe 2 : La diversité des provenances des contributions financières

**Annnonce** - Selon l'article 3 du *Règlement*, les contributions financières doivent être octroyées par « un pays tiers ». Le paragraphe 2 du même article vise tout d'abord les contributions financières provenant directement des gouvernements centraux et locaux qui détiennent les pouvoirs publics<sup>75</sup>. Pourtant, il est très souvent dans la réalité que des aides financières sont octroyées, de manière indirecte, par des entités autres que les gouvernements, qui se voient transférer une partie des pouvoirs publics ou dont les actes peuvent être attribués aux gouvernements.

C'est en intégrant les modes indirects d'octroi des contributions financières que le nouveau Règlement élargit son champ d'application. Concrètement, les subventions indirectes comprennent d'une part les contributions financières octroyées par des entités publiques qui ne sont pas des gouvernements (A), et d'autre part celles accordées par des entités privées (B).

### A. Contributions octroyées par des entités publiques autres que le gouvernement

**Absence de définition textuelle** - Aux termes de l'article 3.2 b) du *Règlement*, aucune définition n'est donnée sur ce que c'est qu'une « entité publique », mais les décisions en droit des aides d'État et en droit international des subventions, riches en cette matière, peuvent servir de référence afin d'envisager les interprétations possibles de cette notion.

**Organisme public selon l'Accord SMC** - En droit international des subventions, la notion d'entité publique fait toujours l'objet d'innombrables débats et controverses<sup>76</sup>. L'Accord SMC emploie le terme « organisme public » et l'assimile aux pouvoirs publics (*government* en anglais)<sup>77</sup>. Ainsi, lorsqu'une entité est qualifiée d'organisme public, elle sera considérée automatiquement comme faisant partie du gouvernement dont les aides financières sont régulées.

---

<sup>75</sup> Article 3.2 a) du *Règlement*.

<sup>76</sup> Sur cette question, voir notamment Jaemin LEE, "State Responsibility and Government-Affiliated Entities in International Economic Law", *Journal of World Trade* vol. 49, no.1, 2015, pp. 117-151 ; Ru DING, *The "Public Body Issue" in the WTO: Proposing a Comparative Approach to International Issues on State-Owned Enterprises (SOES)*, doctoral thesis, Georgetown University Law Center, 2018.

<sup>77</sup> Article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC.

Faute de définition textuelle claire<sup>78</sup>, l'ORD et l'OA ont donné des définitions variées. Dans certaines décisions, l'ORD a considéré que peut constituer un organisme public une entité « contrôlée par le gouvernement »<sup>79</sup>, mais cette qualification a été ensuite rejetée<sup>80</sup>. Le contrôle gouvernemental n'étant pas assez, l'OA a défini l'organisme public comme une entité « qui possède ou exerce un pouvoir gouvernemental, ou en est investi »<sup>81</sup>, ou bien une entité « investie du pouvoir d'exercer des fonctions gouvernementales »<sup>82</sup>, à savoir une banque publique<sup>83</sup>.

**Principe d'imputabilité dans le contrôle des aides d'État** - Le droit européen des aides d'État s'est différencié avec le droit de l'OMC sur ce sujet. Il est vrai que la jurisprudence a employé le terme « organisme public »<sup>84</sup> lors de l'appréciation des aides d'État, mais la Cour a en effet attaché la plus d'importance à l'imputabilité des actes de contribution financière aux pouvoirs publics<sup>85</sup>, quelle que soit le statut de l'entité<sup>86</sup>. Si l'entité (un « organisme public » ou une entité privée) dispensant une contribution financière est privée d'autonomie par l'État dans la décision d'accorder cette aide, son acte peut être effectivement imputé à l'État<sup>87</sup>. Une telle imputation n'est pas présumée, même en présence d'une entreprise publique<sup>88</sup>. Si une attention particulière est accordée aux entreprises publiques, c'est parce que les aides dispensées par elles sont considérées comme des « ressources d'État » au sens de l'article 107.1 du TFUE<sup>89</sup>, une disposition qui ne figure pas dans le nouveau *Règlement*.

---

<sup>78</sup> Marios TOKAS, "Playing the Game: The EU's Proposed Regulation on Foreign Subsidies", *Journal of World Trade*, vol. 56, no. 5, 2022, pp. 779-802.

<sup>79</sup> *Corée - Navires de commerce* - Rapport du Groupe spécial, para. 7.50.

<sup>80</sup> *États-Unis - Acier au carbone (Inde)* - Rapport de l'Organe d'appel, para. 4.10.

<sup>81</sup> *États-Unis - Droits antidumping et compensateurs (Chine)* - Rapport de l'Organe d'appel, para. 318.

<sup>82</sup> *ibid.*, para. 318.

<sup>83</sup> Hervé Ascensio, *Droit international économique*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2020, p. 213.

<sup>84</sup> CJCE, 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig*, aff. C-78/76, ECLI: ECLI:EU:C:1977:52, pt 21.

<sup>85</sup> CJCE, 2 février 1998, *Van der Kooy*, aff. jtes C-67, 68 et 70/85, ECLI:EU:C:1998:38, pt 38.

<sup>86</sup> Michaël KARPENSCHIF, *Manuel de droit européen des aides d'État*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>87</sup> CJCE, 16 mai 2002, *France c/ Commission*, aff. C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, pt 52.

<sup>88</sup> *ibid.* Bien sûr, puisqu'il est souvent difficile pour les tiers de savoir de l'extérieur quelles sont les ordres concrets donnés par le pouvoir public, la Commission n'a pas à démontrer l'existence d'une « instruction précise », voir Trib. UE, 27 février 2013, *Nitrogénmuvek Végyipari c/ Commission*, aff. T-387/11, ECLI:EU:T:2013:98, pts 59-60.

<sup>89</sup> 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, préc., pt 49.

**Approche adoptée par le Règlement** - À ce stade, il est encore incertain quelle approche sera adoptée par la Commission et la Cour européenne dans l'application de l'article 3.2 b) du *Règlement*. Le texte de cet article emploie l'expression « entité publique étrangère dont les actes peuvent être imputés au pays tiers »<sup>90</sup>, laissant penser que le *Règlement* s'alignera sur la ligne d'interprétation en droit européen des aides d'État ; mais ce même article prévoit qu'il faudra tenir compte des éléments tels que « le cadre juridique et économique existant dans l'État » et « notamment le rôle joué par le gouvernement dans l'économie », ce qui suggère que, dans une économie considérée par la Commission comme non de marché, l'imputation à l'État peut être présumée de manière systématique sans besoin de vérifier l'implication des pouvoirs publics dans chaque décision. Une telle approche, similaire à celle en droit de l'OMC, permettrait de qualifier de subvention un nombre plus important de contributions financières.

#### B. Contributions octroyées par des entités privées

**Consécration du principe d'imputabilité** - Un acte d'octroi accompli par une entité purement privée peut également être qualifié de subvention si l'imputabilité à l'État est établie. Dans l'analyse d'imputabilité, la Commission est censée tenir compte de « l'ensemble des circonstances pertinentes »<sup>91</sup>. Cette disposition confère à la Commission le pouvoir d'enquêter sur toutes sortes de transactions commerciales<sup>92</sup> pour y déceler de possibles interventions étatiques indirectes.

Comme démontré plus haut, pour attribuer un acte aux pouvoirs publics, le contrôle européen des aides d'État consiste à chercher l'implication « effective » de l'État dans l'adoption de la décision d'octroyer une contribution financière<sup>93</sup>, sans procéder à distinguer préalablement entre les personnes privées et les personnes publiques. En droit international des subventions, l'Accord SMC prévoit qu'une contribution financière est réputée publique lorsque les pouvoirs publics «

---

<sup>90</sup> Article 3.2 b) du *Règlement*.

<sup>91</sup> Article 3.2 c) du *Règlement*.

<sup>92</sup> Jakub KOCIUBIŃSKI, "The Proposed Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: The Way Forward or Dead End?", *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)*, vol. 6, no. 1, 2022, pp. 56-68.

<sup>93</sup> 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, préc., pts 41 et 43 h).

chargent » ou « ordonnent » un organisme privé d'exécuter un octroi<sup>94</sup>. Ainsi, il convient de faire remarquer que ces deux régimes ne se diffèrent pas l'un de l'autre de manière substantielle, car c'est le manque d'autonomie dans la prise de décision qui constitue l'élément essentiel à l'imputabilité à l'État dans les deux cas.

**Question de la séparation entre le destinataire et le bénéficiaire de l'aide** - Dans la réalité, il est possible qu'une entreprise reçoive un avantage économique à la suite d'une série de transactions avec une autre entreprise qui, elle, s'est vue accorder une subvention par l'État. Dans ce cas-là, il y a séparation entre le bénéficiaire et le destinataire de la subvention<sup>95</sup>. Sur cette question, les juges européens semblent bien avoir tendance à considérer qu'il n'y a pas de difficulté à assimiler l'ensemble des transactions entre l'État, l'entreprise destinataire de l'aide et l'entreprise bénéficiaire à une subvention octroyée à la bénéficiaire, pourvu que la destinataire soit « contraint[e] de faire transiter » cette aide, même au moyen d'un contrat privé<sup>96</sup>. Il est envisageable que cette démarche en droit des aides d'État soit bien transposable à l'application du nouveau *Règlement*, car elle reste fidèle au principe d'imputabilité en examinant si l'entreprise destinataire dispose d'autonomie dans ses transactions avec la bénéficiaire.

### **Section 3 : Le champ d'application *ratione loci***

**Annonce** - Dernièrement, concernant la compétence territoriale que le *Règlement* confère à l'Autorité européenne de la concurrence, il convient de rappeler que La Commission européenne est compétente sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne et dispose d'un monopole du contrôle des aides d'Etat et des concentrations de dimension européenne<sup>97</sup>. Ainsi, toute subvention étrangère destinée à une entité établie au sein de l'UE et exerçant une activité économique sur le territoire de l'UE peut, en principe, faire l'objet du contrôle mené par la Commission en application du *Règlement*. Toutefois, il est bien envisageable que l'application du *Règlement* s'étende aux subventions accordées à des entités se trouvant en dehors du territoire de

---

<sup>94</sup> Article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC.

<sup>95</sup> Jakub KOCIUBIŃSKI, "The Proposed Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: The Way Forward or Dead End?", *op. cit.*

<sup>96</sup> CJCE, 3 juillet 2003, *Belgique c/ Commission*, aff. C-457/00, ECLI:EU:C:2003:387, pts 53-58.

<sup>97</sup> Aurélie ZOUDE-LE-BERRE, « Compétence », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 85895.

l'UE<sup>98</sup>. En ce sens, le nouveau mécanisme de contrôle de subventions étrangères dispose d'un large champ d'application géographique. Une telle application extra-territoriale<sup>99</sup> est notamment rendue possible par la mise en œuvre de la notion d'unité économique, déjà évoquée dans Section 1 (**Paragraphe 1**), et par le critère de l'effet qualifié (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1 : La mise en œuvre de la notion d'unité économique**

**Entreprise comprenant des entités dans l'UE et dans un pays tiers** - La notion d'entreprise entendue comme une unité économique permet non seulement d'élargir le chiffre d'affaires, comme démontré dans Section 1, mais aussi d'engager la responsabilité des sociétés établies en dehors de l'Union européenne<sup>100</sup>. En effet, il n'est pas rare qu'une société, enregistrée dans un pays tiers et n'exerçant elle-même aucune activité économique dans l'UE, fait partie de la même entreprise avec une autre société établie dans l'UE et fournissant des biens ou services<sup>101</sup>. Dans ce cas, si cette société étrangère en dehors du territoire l'UE reçoit une subvention, la Commission aura la compétence pour mener une enquête sur elle, car c'est en effet l'entreprise exerçant une activité économique dans le marché intérieur au sens de l'article 3.1 du *Règlement* qui est enquêtée.

### **Paragraphe 2 : Le critère de l'effet qualifié**

**Subvention produisant des effets sur le territoire de l'UE** - En droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations, la Commission est dotée d'une large compétence

---

<sup>98</sup> Il convient de rappeler que le terme « subventions étrangères » implique inévitablement des entités publiques ou privées établies dans un pays hors l'UE. Or, à la différence du droit de aides d'État, le nouveau règlement vise plutôt les destinataires des subventions, c'est-à-dire les entreprises, au lieu de l'État étranger qui accorde ces subventions. Par conséquent, il est pertinent de distinguer les différentes situations. Voir Xueji SU, "A Critical Analysis of the EU's Eclectic Foreign Subsidies Regulation: Can the Level Playing Field Be Achieved?", *op. cit.*

<sup>99</sup> Il est évident que l'UE n'a pas de « souveraineté territoriale » dont dispose un État, donc ce n'est que par analogie que les termes comme « application extra-territoriale » ou « compétence extra-territoriale » sont utilisés dans cette étude. Voir Francesco MARTUCCI, « Dans quelle mesure un acte de droit dérivé de l'union est-il applicable aux entreprises de pays tiers ? quelques précisions juridiques sur le *brussels effect* », in Édouard DUBOUT, Francesco MARTUCCI, Fabrice PICOD dir., *L'extraterritorialité en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2021, pp. 191-223.

<sup>100</sup> Luc DESAUNETTES-BARBERO et Étienne THOMAS, *Droit matériel européen des abus de position dominante. Textes et commentaires*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>101</sup> CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c/ Commission*, préc., pt 134.

*ratione loci* avec son pouvoir de contrôler les actes accomplis par des entreprises établies à l'extérieur de l'UE, pourvu que l'acte produise un effet « immédiat, substantiel et prévisible »<sup>102</sup> sur le marché intérieur. Le fait que les entreprises étrangères ayant exécuté l'opération en cause ont des activités économiques sur le territoire de l'UE est souvent une pré-condition qu'un effet ait lieu sur le marché intérieur<sup>103</sup>.

Suivant cette démarche, qui consiste à examiner les effets négatifs sur la concurrence dans le marché intérieur afin de mieux les réduire, il peut être logiquement déduit de l'expression « exerçant une activité économique dans le marché intérieur » dans l'article 3 du *Règlement* l'intention du législateur européen de s'aligner sur le critère d'effet qualifié.

**Conclusion** - Comme démontré plus haut dans ce premier chapitre, en puisant des notions, de l'expérience et des théories dans les régimes existants de droit européen de la concurrence ainsi que de droit du commerce international, le nouveau *Règlement* cherche à élargir son champ d'application pour appréhender au mieux les subventions venant de pays tiers.

## **Chapitre 2 : Un traitement amélioré des distorsions dans le marché intérieur**

**Distorsion, un concept qui relève de l'intervention étatique** - Parlant de « distorsion », il est difficile d'en trouver une définition précise dans la législation européenne avant la sortie du *Règlement*. Tout d'abord, dans le cadre du droit des marchés concurrentiels, codifié dans articles 101 et 102 du TFUE, ce terme n'est pas utilisé pour décrire les atteintes à la concurrence. En revanche, la « restriction » de la concurrence ou bien les « effets restrictif » y sont préférés<sup>104</sup>.

L'expression « distorsion de la concurrence » n'apparaît qu'à partir de l'article 113 du même traité. L'article 116 du TFUE explique que la disparité entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres risque de « fausser les conditions de concurrence », ce qui provoque une distorsion<sup>105</sup>. Partant de ces constatations, il semble qu'en cas de distorsion dans le marché intérieur, ce sont les mesures fiscales de pouvoirs publics, au lieu des pratiques d'entreprises, qui faussent la concurrence.

---

<sup>102</sup> CJCE, 25 mars 1999, *Gencor c/ Commission*, aff. T-102/96, ECLI: ECLI:EU:T:1999:65, pts 78-84 ; CJUE, 6 septembre 2017, *Intel Corp. c/ Commission*, aff. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, pt 45.

<sup>103</sup> CJCE, 25 mars 1999, *Gencor c/ Commission*, préc., pts 78 et 85.

<sup>104</sup> Article 101.3 a) du TFUE ; Natasha TARDIF, Marc LEVY et Audrey AUGUSTO, « Restrictions caractérisées », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 12359.

<sup>105</sup> Article 116 du TFUE.

Le contrôle communautaire des aides d'État semble soutenir cette hypothèse. Bien que le terme soit absent dans l'article 107 du TFUE, la Commission a procédé à considérer la distorsion comme le fait qu'une « mesure octroyée par l'État » fausse ou menace de fausser la concurrence<sup>106</sup>. Aux termes de cette Communication, il est évident que la distorsion de concurrence est bien liée à l'intervention des pouvoirs publics dans les secteurs où la concurrence est censée libre.

Enfin, en droit du commerce international, l'OMC a défini de manière assez générale la distorsion comme une situation dans laquelle « les prix et la production sont supérieurs ou inférieurs aux niveaux qui existeraient normalement sur un marché concurrentiel »<sup>107</sup>. Tandis que cette anomalie concurrentielle peut être causée par de nombreux facteurs, l'OMC s'intéresse en particulier aux actions menées par les pouvoirs publics telles que les « obstacles à l'importation et les subventions intérieures »<sup>108</sup>. Ainsi, il est approprié de conclure que ce terme est étroitement lié à l'intervention de l'État dans la concurrence.

**Annexe** - L'emploi du terme « distorsion » est donc pertinent dans le contexte du contrôle des aides publiques étrangères. En effet, le *Règlement* a largement repris la définition donnée par la Commission mentionnée plus haut<sup>109</sup>. Or, le texte du *Règlement* semble donner une image beaucoup plus compliquée et détaillée de ce concept, ce qui permettra de mieux analyser la manière dont l'intervention étatique influence la concurrence afin de mieux y répondre. Ainsi, dans ce second chapitre, il sera d'abord montré que le nouveau *Règlement* permet d'affiner l'appréciation des distorsions via une vraie analyse de la situation concurrentielle (**Section 1**), et ensuite, que le texte fournit également des outils novateurs et variés pour mieux réparer les distorsions (**Section 2**).

## **Section 1 : Une approche affinée dans l'appréciation des distorsions**

**Annexe** - La raison pour laquelle le *Règlement* permettra de mieux apprécier la distorsion de concurrence est que celle-ci est en effet analysée de façon plus précise, avec des éléments

---

<sup>106</sup> 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, préc., pt 187.

<sup>107</sup> « Distorsion », Glossaire de l'OMC, [https://www.wto.org/french/thewto\\_f/glossary\\_f/glossary\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/glossary_f.htm)

<sup>108</sup> OMC, *Comprendre l'OMC*, 3e éd., 2005, p. 30.

<sup>109</sup> Article 4.1 du *Règlement*.

d'analyse économique. Cela se manifeste d'abord dans son rejet de l'approche adoptée en droit des aides d'État, qui est marquée d'un certain formalisme (**Paragraphe 1**), et ensuite dans les natures variées des distorsions que montre son texte (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1 : Le dépassement du formalisme**

**Annonce** - Dans ce paragraphe, une comparaison sera faite entre le traitement des distorsions en droit européen des aides d'État (**A**) et celui prévu par le nouveau *Règlement*<sup>110</sup> (**B**).

#### A. Le traitement des distorsions dans le contrôle des aides d'État

**Présomption systématique** - Depuis longtemps, la jurisprudence européenne en matière des aides d'État a adopté une approche dite formaliste lors de l'appréciation des distorsions. Selon les juges européens, une fois que les autres critères listés dans l'article 107 du TFUE (origine étatique, avantage, sélectivité) sont remplis, l'aide publique en question sera au moins susceptible de causer des effets négatifs sur la concurrence dans le marché intérieur<sup>111</sup>, pourvu que le secteur d'activité en cause soit ouvert à la concurrence<sup>112</sup>. Dans ce cas-là, il n'est pas nécessaire pour la Commission de démontrer l'atteinte effective et actuelle à la concurrence<sup>113</sup>, ni même de procéder à une analyse économique de sa situation réelle, de la part de marché des entreprises bénéficiaires, de la position de leurs concurrents et des courants d'échanges en cause entre États

---

<sup>110</sup> Il serait pourtant peu approprié de faire une étude comparée avec le mécanisme en droit du commerce international en cette matière, car bien que l'OMC ait parfois recours au concept de distorsion, celui-ci fait référence plutôt au « dommage » concret subi par une industrie ou au « préjudice » causé aux intérêts d'un État qu'au renforcement d'une position concurrentielle du bénéficiaire. Autrement dit, l'Accord SMC ne se veut pas vraiment un outil du droit de la concurrence. Voir Article 5 a) b) et c) de l'Accord SMC.

<sup>111</sup> CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-372/97, ECLI:EU:C:2004:234, pt 44 ; Hervig HOFMANN and Claire MICHEAU eds., *State Aid Law of the European Union*, Oxford University Press, 2016, p. 151.

<sup>112</sup> TPICE, 4 avril 2001, *Regione autonoma Friuli Venezia Giulia c/ Commission*, aff. T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, pt 95.

<sup>113</sup> TPICE, 4 avril 2001, *Regione autonoma Friuli Venezia Giulia c/ Commission*, préc., pt 50 ; CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, ECLI:EU:C:2004:240, pt 49.

membres<sup>114</sup>. Une telle interprétation assez libre<sup>115</sup> du critère de distorsion de la concurrence signifie également qu'il y a présomption systématique de l'altération de la concurrence entre les acteurs du marché intérieur<sup>116</sup>. Si la Commission est quand-même tenue d'aborder cette question, elle n'a qu'à indiquer les secteurs ou les concurrents qui sont susceptibles d'être affectés par l'aide publique<sup>117</sup>.

**Influence limitée de la « modernisation » du droit des aides d'État** - Il a toujours été la volonté de l'UE de moderniser le contrôle des aides d'État pour obtenir plus d'efficacité en cette matière<sup>118</sup>. Dans la Communication publiée par la Commission en 2012, il a été souligné que des principes devraient être avancés qui porteraient sur « la définition et l'appréciation des véritables défaillances du marché » et « les effets négatifs des interventions publiques »<sup>119</sup>. Pour certains auteurs, l'évaluation des défaillances du marché implique déjà une sorte d'analyse économique<sup>120</sup> ; pour d'autres, la Commission a voulu introduire la technique du bilan entre les effets positifs et négatifs des aides concernées, qui aurait conduit à une analyse plus fine des distorsions de la concurrence<sup>121</sup>.

Cependant, du point de vue technique, l'analyse de la situation concurrentielle, qui porte sur l'intensité de la concurrence dans le marché ou sur les positions respectives des concurrents, n'a pas été substantiellement améliorée. La règle *de minimis* elle-même n'est qu'une autre forme de présomption<sup>122</sup> ; quant à la mise en balance des effets positifs et négatifs, il peut être constaté

---

<sup>114</sup> Trib. UE, 13 décembre 2017, *Grèce c/ Commission*, aff. T-314/15, ECLI:EU:T:2017:903, pt 148 ; Louis VOGEL, *Droit européen des affaires*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2019, p. 967.

<sup>115</sup> Luca RUBINI, *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2009, p. 393.

<sup>116</sup> Michaël KARPENSCHIF, *Manuel de droit européen des aides d'État*, *op. cit.*, pp. 79-80.

<sup>117</sup> *ibid.*, p. 81.

<sup>118</sup> Laurence IDOT, « Regards sur les “mutations” du droit des aides d'État », *Concurrences* N° 1-2010, Art. N° 30045, pp. 79-86.

<sup>119</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État », le 8 mai 2012, COM/2012/0209 final, para. 18 (a).

<sup>120</sup> Paul SEABRIGHT, « Une approche économique plus fine des aides d'état ? le plan d'action de la commission », *RLC*, N° 8, 2006.

<sup>121</sup> Laurence IDOT, « Regards sur la modernisation du contrôle des aides », in Brunessen BERTRAND, Fabrice PICOD et Sébastien ROLAND dir., *L'identité du droit de l'Union européenne : Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Larcier, 2015, pp. 639-658.

<sup>122</sup> Michaël KARPENSCHIF, *Manuel de droit européen des aides d'État*, *op. cit.*, p. 84.

qu'il s'agit au plus d'un bilan économique et pas nécessairement un bilan concurrentiel<sup>123</sup> et, en plus, la Commission n'a toujours pas besoin de procéder à de réelles analyses économiques<sup>124</sup>. Il convient ainsi de conclure que le traitement des distorsions en droit des aides d'État reste largement marqué par le formalisme.

### B. Le traitement des distorsions prévu par le Règlement

**Des présomptions, certes, mais qui n'empêche pas les analyses détaillées** - Le nouveau Règlement hérite du droit des aides d'État le seuil *de minimis* établi par le Règlement (UE) n° 1407/2013 qui dispose que, pour la plupart des secteurs, les aides dont le montant est inférieur à 200.000 EUR (sur une période de 3 ans consécutifs) ne cause pas de distorsion dans le marché intérieur<sup>125</sup>. En outre, l'article 4.2 du Règlement ajoute un autre seuil de 400.000 EUR, au-dessous duquel une subvention étrangère est considérée comme « peu susceptible » de fausser la concurrence<sup>126</sup>, ce qui signifie que, pour les subventions dont le montant se situe entre ces deux seuils, la Commission devra motiver plus fortement sa décision sur les effets négatifs de la subvention<sup>127</sup>. Dans ce cas-là, il est concevable que la Commission soit obligée d'expliquer, activement, en quoi la contribution financière distord ou risque de distordre la concurrence.

En deuxième lieu, l'article 5 du même Règlement énumère une série de subventions étrangères les plus susceptibles de fausser le marché intérieur, à savoir les aides à une entreprise en difficulté, les garanties illimitées de dettes, les financements à l'exportation, ainsi que les subventions facilitant directement une concentration ou une passation de marché public<sup>128</sup>. La distorsion de concurrence est présumée lorsqu'une subvention relève de l'une de ces catégories. Or, cette présomption est bien réfragable. L'entreprise peut présenter ses arguments en

---

<sup>123</sup> Laurence IDOT, « Regards sur la modernisation du contrôle des aides », *op. cit.*

<sup>124</sup> CJUE, 22 septembre 2020, *Autriche c/ Commission*, aff. C-594/18 P, ECLI:EU:C:2020:742, pts 21 et 66.

<sup>125</sup> Article 3 du 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, pp. 1-8.

<sup>126</sup> Article 4.2 du Règlement.

<sup>127</sup> Alain ALEXIS, "The control of foreign subsidies distorting the internal market: The main amendments introduced by the co-legislators", *Concurrences* N° 1-2023, Art. N° 111303.

<sup>128</sup> Article 5.1 a) b) c) d) e) du Règlement.

démontrant qu'une telle subvention ne fausse pas le marché intérieur « dans les circonstances spécifiques d'une situation donnée »<sup>129</sup>. À la différence du contrôle des aides d'État, où la Cour laisse peu de marge aux arguments des États membres en faveur de l'inexistence de distorsions lorsque la Commission a trouvé les autres critères déjà remplis, le nouveau Règlement permettra au moins de tenir en compte les analyses détaillées (que les entreprises ont bien le motif de faire) portant sur la situation concurrentielle.

**Analyse positive de distorsions** - Selon le *Règlement*, il n'y a pas d'interdiction générale des subventions étrangères et par conséquent, la Commission doit « apprécier au cas par cas si celles-ci faussent le marché intérieur »<sup>130</sup>. Cette disposition impose à la Commission une obligation positive d'examiner les distorsions en considérant les circonstances spécifiques en chaque espèce. Concrètement, la Commission devra procéder par deux étapes : démontrer le renforcement de la position concurrentielle, une démarche qui peut s'appuyer sur le droit des aides d'État<sup>131</sup> ; démontrer que cette subvention « affecte réellement ou potentiellement la concurrence dans le marché intérieur »<sup>132</sup>, une démarche pourtant absente de la pratique dudit contrôle. Avec cette vraie analyse « concurrentielle » sur la façon dont une contribution financière altère la concurrence, le nouveau *Règlement* se distingue nettement du formalisme en droit des aides d'État.

## **Paragraphe 2 : Les deux sens de la notion de distorsion selon le Règlement**

**Annonce** - Ayant souligné que le *Règlement* met en place une analyse positive, circonstancielle et concurrentielle des distorsions dans le marché intérieur, il convient alors d'étudier la nature du concept de distorsion telle que le législateur européen laisse entendre par son texte, afin de savoir comment la Commission est censée apprécier les distorsions en pratique. Dans ce paragraphe, il sera démontré que la notion de distorsion est d'abord conçue comme une inégalité des positions concurrentielles *entre concurrents* (A), et ensuite comme une atteinte au *marché concurrentiel* (B).

---

<sup>129</sup> Article 5.2 du *Règlement*.

<sup>130</sup> Paragraphe 17 du préambule du *Règlement*.

<sup>131</sup> Alain ALEXIS, "Foreign subsidy controls: The new European Commission proposal", *op. cit.*

<sup>132</sup> Article 5.1 du *Règlement*.

## A. Inégalité entre concurrents

**Base théorique** - Dans son *Document de travail* publié en 2021, la Commission a pour la première fois exprimé sa propre compréhension de la nature des distorsions causées par les subventions étrangères sous un angle économique. Selon la Commission, une subvention qui confère un avantage, impossible à obtenir par le mécanisme de marché, à une entreprise qui opère de façon moins efficace, risque de renforcer sa position par rapport à ses concurrents sans la rendre vraiment plus efficace<sup>133</sup>. Ainsi, l'entreprise subventionnée sera capable de pratiquer un bas prix, ce qui forcera ses concurrents plus efficaces à quitter le marché « à long terme »<sup>134</sup>. Par conséquent, avec les entreprises moins efficaces qui restent, le marché intérieur risque de perdre peu à peu son efficience économique<sup>135</sup>.

**Appréciation** - Une telle conception de la distorsion peut bien être qualifiée de « concurrentialiste » dans la mesure où elle vise finalement l'efficience du marché, chère au droit de la concurrence<sup>136</sup>. Toutefois, cette approche doit se différencier du contrôle des pratiques anticoncurrentielles et du contrôle des concentrations. Le souci central de ces derniers est le pouvoir de marché des entreprises, tandis que le *Document de travail* ne semble pas attribuer le rôle principal au pouvoir de marché, ou tout au plus traite ce problème de manière indirecte.

Le contrôle des ententes ainsi que celui de l'abus de position dominante ont pour but de sanctionner l'exercice du pouvoir de marché significatif détenu par plusieurs entreprises qui s'accordent ou par une seule entreprise (ou bien un groupe d'entreprises) dominante<sup>137</sup>. L'exploitation anticoncurrentielle de leur pouvoir de marché, mesuré le plus souvent par leurs parts de marché<sup>138</sup>, a pour effet d'exclure les concurrents d'une part, et de réduire le surplus du consommateur d'autre part<sup>139</sup>. Quant au contrôle des concentrations, il s'agit bien de la

---

<sup>133</sup> Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market, préc., p. 8.

<sup>134</sup> Il s'agit de l'effet d'éviction (*crowding out effect*). Voir *ibid.*, p. 7.

<sup>135</sup> *ibid.*, p. 21.

<sup>136</sup> Étienne CHANTREL, « Efficience économique », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 86411.

<sup>137</sup> Nicolas PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 199-200.

<sup>138</sup> *ibid.*, p. 212.

<sup>139</sup> *ibid.*, pp. 200 et 203.

prévention du risque futur de création ou de renforcement d'un pouvoir de marché significatif<sup>140</sup>, susceptible d'être abusé<sup>141</sup>.

Or, selon le *Document de travail*, le contrôle des subventions étrangères ne s'occupe guère de la question de savoir si les aides publiques ont tendance à aider les entreprises à acquérir un pouvoir plus important de marché ou à exercer abusivement leur pouvoir de marché. En effet, lorsqu'une subvention renforce la position concurrentielle d'une entreprise<sup>142</sup> et fait subir les concurrents d'une telle inégalité de conditions, sans pour autant augmenter considérablement le pouvoir de marché de l'entreprise (par exemple, accroître ses parts de marché), il est peu probable que l'intensité de la concurrence sur le marché soit compromise. Toutefois, cette situation sera quand-même appréhendée par le *Règlement* comme une « distorsion ». Un bon exemple est la subvention étrangère octroyée à une entreprise en difficulté<sup>143</sup>. Il est vrai que l'entreprise aurait cessé ses activités en l'absence de l'aide publique, à cause de son manque de compétitivité, mais il est difficile d'affirmer que l'entreprise ressuscitée aurait ainsi un pouvoir de marché considérable pour s'imposer. Certes, avec les entreprises inefficaces qui restent indûment sur le marché, il est possible que certains concurrents subissent l'effet d'éviction, mais seulement à long terme. Il ne s'agit donc que d'un exemple de l'impact indirect des subventions sur la concurrence. L'important, c'est que cette entreprise n'aurait pas *dû* être sauvée. Une inégalité de condition concurrentielle est ainsi établie entre l'entreprise subventionnée et ses concurrents.

**Le cas des concentrations subventionnées** - Cette inégalité entre concurrents se manifeste aussi dans les concentrations subventionnées. Normalement, dans le contrôle des concentrations, la Commission ne prête attention à l'existence de subventions européennes ou étrangères que lorsqu'une subvention permet vraiment aux entités fusionnées d'accroître leurs parts de marché<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> *ibid.*, p. 201.

<sup>141</sup> *ibid.*, p. 507.

<sup>142</sup> Il convient de faire remarquer qu'en théorie, un avantage purement économique ne constitue un avantage concurrentiel que lorsque le coût marginal de production du bénéficiaire est effectivement réduit, ce qui implique que l'entreprise subventionnée « change de mode de conduite, c'est-à-dire ses décisions de production ». Voir Luca RUBINI, *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, *op. cit.*, p. 383. Toutefois, en matière du contrôle des aides d'État, le renforcement de la position concurrentielle est généralement entendu comme un avantage économique. Si le nouveau *Règlement* poursuit jusqu'au bout son approche non-formaliste, la Commission devra analyser si les subventions étrangères contribuent réellement à abaisser le coût marginal de ses bénéficiaires. Voir Alain ALEXIS, "Foreign subsidy controls: The new European Commission proposal", *op. cit.*

<sup>143</sup> Article 5.1 a) du *Règlement*.

<sup>144</sup> Commission européenne, 5 mai 2008, aff. COMP/M.4956 - *STX/Aker Yards*, paras. 163-173.

ou pratiquer avec succès un prix d'éviction (*predatory pricing*)<sup>145</sup>, la subvention elle-même n'étant pas le facteur déterminant<sup>146</sup>. Au contraire, le souci du législateur européen dans la préparation du *Règlement* est que l'entreprise acquéreuse subventionnée peut « surpayer » les acquisitions tandis que les concurrents potentiellement plus efficaces perdront leur opportunité dans le processus d'acquisition<sup>147</sup>. Cette perte d'opportunité, qu'elle porte atteinte ou non à l'intensité de la concurrence dans le marché, caractérise bien une vision « entre concurrents » du droit de la concurrence et correspond ainsi à la notion d'équité dans les conditions de concurrence<sup>148</sup>.

**Effet potentiel sur la concurrence** - Une telle conception de la distorsion vise les conditions équitables entre concurrents. Dans ce cas-là, le *Règlement* partage la même logique que le droit européen des aides d'État<sup>149</sup>. Puisque, selon le *Document de travail*, la persistance de d'une telle inégalité risque d'occasionner une perte d'efficacité économique à long terme, il convient alors de conclure que ce premier sens de distorsion est en conformité avec l'effet « potentiel » sur la concurrence dans le marché intérieur selon le *Règlement*<sup>150</sup>.

## B. Atteinte au marché concurrentiel

**Indicateurs d'évaluation** - Toutefois, il y a lieu de considérer que le *Règlement* ne se limite pas à un mécanisme qui protège seulement les concurrents. En effet, l'article 4 du *Règlement* fournit une liste d'indicateurs pour déterminer l'existence d'une distorsion dans le marché intérieur. Parmi ces indicateurs figure « la situation de l'entreprise, notamment sa taille, et des

---

<sup>145</sup> Commission européenne, 31 août 2010, aff. COMP/M.5943, *Abu Dhabi Mar/ThyssenKrupp Marine Systems*, paras. 48.

<sup>146</sup> Thibault SIRE, « The uneven playing field: How to deal with foreign subsidies when assessing mergers? », *Concurrences* N° 1-2022, Art. n° 105256, pp. 54-62.

<sup>147</sup> Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market, préc., pp. 10-11.

<sup>148</sup> Laurence IDOT, « Entrave et restriction de concurrence », in Loïc AZOULAÏ dir., *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, pp. 169-190.

<sup>149</sup> Olivier D'ORMESSON, « Réflexions sur les objectifs du contrôle des aides d'État : Au-delà d'une concurrence loyale, un instrument de politique industrielle à l'échelle européenne », in Christophe LEMAIRE, Francesco MARTUCCI dir., *Laurence Idot : concurrence et Europe : liber amicorum - Volume 2*, *Concurrences*, 2022, pp. 21-40.

<sup>150</sup> Article 4.1 du *Règlement*.

marchés ou secteurs concernés »<sup>151</sup>, qui suggère que le législateur a déjà pris en compte l'atteinte que porteraient les subventions étrangères au marché concurrentiel.

Il est possible dans la réalité qu'une subvention importante contribue à accroître considérablement les parts de marché d'une entreprise, lui conférant une position dominante ; une subvention peut également cimenter la position dominante que détient déjà une entreprise<sup>152</sup>, facilitant les abus et créant des barrières d'entrée pour les concurrents potentiels<sup>153</sup>. Dans ce cas-là, pour mesurer l'atteinte à l'intensité de la concurrence sur le marché, il est logique d'avoir recours aux informations sur la taille de l'entreprise, le degré de concentration du marché concerné (plus le marché concerné est concentré, plus les subventions auront des effets négatifs)<sup>154</sup>, etc. Par conséquent, l'indicateur susmentionné permettra de bien appréhender la situation où une subvention étrangère affecte « réellement »<sup>155</sup> et immédiatement la concurrence dans le marché intérieur.

En outre, en tenant compte de la « nature »<sup>156</sup> de la subvention, le *Règlement* permet encore d'apprécier plus finement en quoi le marché concurrentiel est compromis. Selon les théories économiques, une subvention dite opérationnelle est capable de produire un effet direct sur le niveau des coûts variables et donc sur le niveau des prix et les consommateurs<sup>157</sup>, réduisant l'effectivité de la concurrence sur le marché. À la différence, une subvention à l'investissement occasionne des effets plutôt indirects et à long terme<sup>158</sup>.

**Conclusion** - Avec ces indicateurs permettant d'évaluer l'atteinte au marché concurrentiel, la notion de distorsion dans le *Règlement* revêt une dimension autre que le droit des concurrents. C'est exactement cet aspect qui, se distanciant du contrôle des aides d'État, exigerait au mieux la Commission de procéder à une analyse plus fine, plus économique et plus circonstanciée.

---

<sup>151</sup> Article 4.1 c) du *Règlement*.

<sup>152</sup> Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market, préc., p. 8.

<sup>153</sup> Hans W. FRIEDERISZICK, Lars-Hendrik RÖLLER and Vincent VEROUDEN, "European State Aide Control: An Economic Framework", in Paolo BUCCIROSSI ed., *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press, 2008, pp. 625-669.

<sup>154</sup> *ibid.*

<sup>155</sup> Article 4.1 du *Règlement*.

<sup>156</sup> Article 4.1 b) du *Règlement*.

<sup>157</sup> Hans W. FRIEDERISZICK et al., "European State Aide Control: An Economic Framework", *op. cit.*

<sup>158</sup> *ibid.*

## **Section 2 : Une approche composite dans la réparation des distorsions**

**Annnonce** - Il ne suffit certainement pas de seulement apprécier les distorsions de concurrence avec une plus grande exactitude. Pour atteindre l'objectif du *Règlement*, il est impératif que ces distorsions soient enfin réparées en vue d'un retour aux conditions normales de la concurrence. À cette fin, le législateur européen a opté pour une approche combinée : d'une part, le *Règlement* établit un système de remédiation composé d'engagements et de mesures réparatrices (**Paragraphe 1**), et d'autre part, le *Règlement* prévoit également des sanctions pour dissuader les subventions étrangères capables de causer des distorsions (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1 : Les engagements et mesures réparatrices**

**Finalité des engagements et mesures réparatrices** - L'article 7.3 du *Règlement* définit clairement la finalité des engagements et mesures réparatrices. Il s'agit de « remédie[r] pleinement et effectivement à la distorsion réelle ou potentielle causée par la subvention étrangère dans le marché intérieur »<sup>159</sup>. Cet objectif indique exactement que l'accent est mis sur les effets sur la concurrence et non sur les subventions mêmes.

**Différence avec les régimes existants** - Dans cette logique, la solution avancée par le *Règlement* diffère de celles prévues par d'autres outils juridiques en matière de contrôle des subventions, notamment le contrôle européen des aides d'État et l'Accord SMC. En droit des aides d'État, le remboursement de l'aide incompatible est le principe<sup>160</sup> ; quant au droit du commerce international, l'Accord SMC dispose qu'un droit compensateur peut être imposé dont le montant ne dépasse pas celui de la subvention<sup>161</sup>. Or, comme démontré dans la Section précédente, la distorsion n'est pas simplement mesurée par le chiffre du montant d'une subvention et conséquemment, le remboursement de la subvention ou l'imposition de droits compensateurs comme mesure de rétorsion ne correspond pas toujours à la gravité réelle de la distorsion.

---

<sup>159</sup> Article 7.3 du *Règlement*.

<sup>160</sup> CJCE 14 janv. 1997, *Espagne c./Commission*, aff. C-169/95, ECLI:EU:C:1997:10, pt 47.

<sup>161</sup> Articles 19.1 et 19.2 de l'Accord SMC.

**Variété des engagements et mesures réparatrices** - Il est concevable que c'est pour cette raison que le Règlement puise des solutions dans le droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations pour contrebalancer les distorsions de concurrence<sup>162</sup>. Concrètement, il s'agit d'engagements et mesures réparatrices structurels, à savoir la réduction de capacités ou de la présence sur le marché<sup>163</sup>, ou la dissolution de concentration<sup>164</sup>, d'une part, et comportementaux, tels que l'adaptation de structure de gouvernance<sup>165</sup>, d'autre part ; en outre, un grand nombre d'engagements et mesures réparatrices « quasi-structurels »<sup>166</sup> sont également proposés, comme par exemple l'octroi d'accès à des infrastructures<sup>167</sup>, l'octroi de licences<sup>168</sup> ou bien la cession de certains actifs<sup>169</sup>. Ces mesures d'une grande variété laissent à la Commission une marge considérable pour déterminer, toute seule ou en négociant avec l'entreprise<sup>170</sup>, le moyen qui conviendrait le mieux à la réparation de la distorsion au cas par cas. Seulement, pour les concentrations et les marchés publics, si aucun engagement n'est accepté, la Commission ne peut qu'interdire la concentration ou l'attribution du marché public.

## **Paragraphe 2 : Les sanctions pour défaut de coopération**

**Mise en place des sanctions** - Le *Règlement* met également en place des mesures indirectes face à la distorsion de concurrence. Les sanctions pour défaut de coopération, à savoir les

---

<sup>162</sup> Lise DAMELET, « Règlement européen relatif aux subventions étrangères », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 107803.

<sup>163</sup> Article 7.4 b) du *Règlement*.

<sup>164</sup> Article 7.4 g) du *Règlement*.

<sup>165</sup> Article 7.4 i) du *Règlement*.

<sup>166</sup> Frank MAIER-RIGAUD and Benjamin LOERTSCHER, “Structural vs. Behavioral Remedies”, *CPI Antitrust Chronicle*, April 2020-I, [https://www.pymnts.com/cpi\\_posts/structural-vs-behavioral-remedies/](https://www.pymnts.com/cpi_posts/structural-vs-behavioral-remedies/) ; Marie CARTAPANIS, « Engagements (pratiques anticoncurrentielles) », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 12301.

<sup>167</sup> Article 7.4 a) du *Règlement*.

<sup>168</sup> Article 7.4 d) du *Règlement*.

<sup>169</sup> Article 7.4 f) du *Règlement*.

<sup>170</sup> Marie CARTAPANIS, « Engagements (pratiques anticoncurrentielles) », *op. cit.* ; Jacqueline RIFFAULT-SILK, « Procédures négociées, actions en réparation de dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles : conflit(s), ou synergie(s) ? », in Christophe LEMAIRE, Francesco MARTUCCI. dir., *Laurence Idot : concurrence et Europe : liber amicorum - Volume 2*, Concurrences, 2022, pp. 111-126.

amendes et les astreintes, ont pour but non pas de contrebalancer les distorsions déjà causées, mais de prévenir les effets négatifs sur la concurrence.

L'article 17 fournit une liste détaillée de sanctions infligées aux entreprises manquant à leurs obligations. Deux types de sanctions peuvent être distinguées : d'abord celles pour les manquements liés au fournissement d'informations, et ensuite celles pour les manquements liés aux décisions rendue par la Commission. Si une entreprise ne fournit pas ou ne fournit que des renseignements incomplets, inexacts ou dénaturés à la Commission dans le cadre d'une demande, d'une inspection ou d'une question, elle se verra infliger d'une amende de jusqu'à 1 % du chiffre d'affaires total au cours de l'exercice précédent, ou d'une astreinte de jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires total journalier moyen au cours de l'exercice précédent<sup>171</sup>. Si une entreprise ne se conforme pas aux décisions de la Commission relatives aux engagements ou aux mesures réparatrices, elle recevra une amende ne dépassant pas 10 % du chiffre d'affaires total au cours de l'exercice précédent, ou des astreintes ci-dessus<sup>172</sup>. Compte tenu de la notion d'unité économique dans la qualification d'une entreprise, le montant des sanctions pourrait être très élevé pour les grandes entreprises.

**Amendes spéciales pour les concentrations et les marchés publics** - Des sanctions pareilles s'appliquent aux manquements aux obligations dans le cadre de concentrations et de marchés publics. Une notification inexacte ou dénaturée fait l'objet d'une amende de 1 % du chiffre d'affaires total au cours de l'exercice précédent<sup>173</sup>, tandis que l'absence de notification ou le contournement de notification est sanctionné de 10 % du chiffre d'affaires<sup>174</sup>. Puisque l'obligation de notification s'applique à toutes les entreprises parties à la fusion, y compris celles qui n'ont pas reçu de subventions<sup>175</sup>, chaque partie sera donc motivée de notifier pour éviter d'être sanctionnée. En plus, le non-respect de la suspension de concentration est aussi lourdement puni<sup>176</sup>.

---

<sup>171</sup> Articles 17.1, 17.2 et 17.3 du *Règlement*.

<sup>172</sup> Article 17.5 du *Règlement*.

<sup>173</sup> Articles 26.2 et 33.2 du *Règlement*.

<sup>174</sup> Articles 26.3 a), 26.3 d) et 33.3 du *Règlement*.

<sup>175</sup> Alain ALEXIS, "Foreign subsidy controls: The new European Commission proposal", *op. cit.*

<sup>176</sup> Article 26.3 b) du *Règlement*.

**Conclusion** - Avec un champ d'application élargi, une méthode d'appréciation « concurrentialiste » de l'existence de distorsions, ainsi que des moyens élaborés pour réparer et prévenir les distorsions, le nouveau *Règlement* manifeste la volonté ferme du législateur européen de préserver les conditions équitables de concurrence dans le marché intérieur, en s'attaquant aux subventions étrangères sous les plus diverses formes possibles et dans les plus diverses situations possibles.

## **PARTIE II : LA MISE EN QUESTION DU MÉCANISME POUR GARANTIR LES CONDITIONS DE CONCURRENCE ÉQUITABLES**

**Annonce** - Si l'objectif déclaré du *Règlement* consiste principalement à réduire les effets négatifs des subventions étrangères sur la concurrence dans le marché intérieur, il serait intéressant de noter que le fondement juridique de ce nouveau mécanisme est en effet double : outre l'article 114 du TFUE, qui relève du domaine de la concurrence, se trouve aussi l'article 207 du même traité qui, cependant, s'inscrit bien dans la politique commerciale commune de l'UE<sup>177</sup> et concerne donc les échanges de marchandises et de services avec les pays tiers et les investissements directs étrangers<sup>178</sup>. Cette constatation contribue à confirmer que le *Règlement* a, en dehors de ses considérations liées à la concurrence, une autre dimension, celle de la *défense* dans les relations économiques avec les pays tiers. Or, une mesure défensive unilatérale court souvent le risque de glisser vers le protectionnisme qui susciterait des problèmes complexes, à savoir des contestations de la légalité du *Règlement* par rapport au système actuel de droit international économique (**Chapitre 1**).

En plus, avec un but ambitieux et des dispositions innovatrices, il reste incertain si l'application de ces dispositions unilatérales atteindrait une efficacité suffisante pour satisfaire l'ambition du législateur européen sur le plan concurrentiel et défensif (**Chapitre 2**).

### **Chapitre 1 : La légalité douteuse de la mise en place du *Règlement***

**Annonce** - L'UE est un acteur important dans les affaires internationales. Elle est membre de plusieurs organisations internationales, comme l'OMC, et joue un rôle non négligeable dans les activités économiques transfrontalières. Par conséquent, elle doit veiller à respecter ses obligations bilatérales et multilatérales en droit international, et surtout faire attention à la conformité de ses règles unilatérales à celles établies dans le cadre du droit international économique. Or, il apparaît que la légalité du nouveau *Règlement* peut être mise en doute, tant au regard du droit de l'OMC (**Section 1**) qu'au regard du droit des investissements internationaux (**Section 2**).

---

<sup>177</sup> Préambule du *Règlement*.

<sup>178</sup> Article 207.1 du TFUE.

## Section 1 : La légalité du mécanisme au regard du droit de l'OMC

**Annonce** - Dans la présente section, il sera démontré que le nouveau Règlement peut être considérée comme conforme à l'Accord SMC (**Paragraphe 1**), mais qu'au contraire il violerait probablement des principes consacrés dans l'AGCS (**Paragraphe 2**).

### Paragraphe 1 : La conformité du *Règlement* à l'Accord SMC

**Applicabilité de l'Accord SMC** - L'Accord SMC traite des questions de subventions dans le commerce international des marchandises<sup>179</sup>. Par conséquent, les subventions destinées aux concentrations et à la passation de marchés publics, si ces activités spécifiques relèvent de l'échange de marchandises entre les pays, sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'accord<sup>180</sup>. Ainsi, il est approprié d'analyser la conformité du *Règlement* à l'Accord SMC dans la mesure où les entreprises fournissant des biens sont appréhendées par le nouveau mécanisme.

**Annonce** - Il est peu probable que les « subventions étrangères » définies par le *Règlement* constituent des subventions au sens de l'article premier de l'Accord SMC (**A**). Même si une subvention définie par l'accord peut être caractérisée, elle serait probablement traitée de manière cohérente avec les dispositions du même accord (**B**).

#### A. La caractérisation difficile d'une subvention au sens de l'Accord SMC

**Réponses autorisées par l'Accord SMC** - L'article 32.1 de l'Accord SMC dispose qu'aucune mesure particulière non prévue par le GATT 1994 contre une subvention accordée par un autre pays ne peut être prise<sup>181</sup>. En d'autres termes, la réponse à une subvention doit prendre la forme soit d'un droit compensateur, soit d'une mesure provisoire, soit d'un recours au système de

---

<sup>179</sup> OMC, *Présentation de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("Accord SMC")*, [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/scm\\_f/subs\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/scm_f/subs_f.htm)

<sup>180</sup> Bohua GONG, Siyuan YANG, "The Regulatory Path of Cross-Border Subsidies and China's Response", *International Economic Review*, 14 February 2023, <https://kns.cnki.net/kcms/detail//11.3799.f.20230210.1201.002.html> [en chinois]

<sup>181</sup> Article 32.1 de l'Accord SMC.

règlement des différends de l'OMC<sup>182</sup>. Par conséquent, si les subventions appréhendées par le *Règlement* peuvent être caractérisées comme des subventions au sens de l'article 1 de l'Accord SMC, le Règlement sera, avec ses mesures réparatrices unilatérales et beaucoup plus variées, en violation de cet accord<sup>183</sup>.

**Limitation territoriale des subventions** - Comme démontré dans Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1 de la première Partie, la définition des subventions étrangères dans le *Règlement* est largement empruntée à l'Accord SMC<sup>184</sup>. Cependant, pour rappel, aux termes de l'article 1.1 du même accord, une subvention est une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public « du ressort territorial d'un Membre »<sup>185</sup>, ce qui semble indiquer que la contribution financière *et* le pouvoir public qui l'octroie doivent tous se situer sur le territoire du même pays<sup>186</sup>.

**Analyse** - Certains auteurs, au contraire, soutiennent que le destinataire des subventions peuvent se trouver en dehors du pays les octroyant en considérant que le complément « du ressort territorial d'un Membre » qualifie seulement les pouvoirs publics<sup>187</sup>. Cependant, compte tenu de l'histoire de la rédaction de l'article, une telle expression a été proposée principalement par les États-Unis pour limiter les subventions au territoire de l'État, afin que ses projets de subvention à l'étranger ne soient pas contrôlés<sup>188</sup>. En plus, prenant les articles de l'Accord SMC comme un ensemble, il est à noter que l'article 2.1, relatif au critère de spécificité, dispose qu'une subvention doit être spécifique à certaines entreprises « relevant de la juridiction de l'autorité qui accorde cette subvention »<sup>189</sup>. Concernant la signification du terme « juridiction », l'OMC semble

---

<sup>182</sup> *États-Unis - Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, Rapport de l'Organe d'appel, para. 273.

<sup>183</sup> Marios TOKAS, "Playing the Game: The EU's Proposed Regulation on Foreign Subsidies", *op. cit.*

<sup>184</sup> Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, préc., p. 54.

<sup>185</sup> Article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC.

<sup>186</sup> Ru DING, "Emerging International Investment Subsidy Rules: Analytical Framework and China's Approach", *Tsinghua University Law Journal*, vol. 16, no. 5, 2022, pp. 177-192 [en chinois].

<sup>187</sup> Victor CROCHET, Marcus GUSTAFSSON, "Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law", *World Trade Review*, Volume 20, Issue 3, July 2021, pp. 343-366 ; Jianguo HU, Yujin CHEN, "EU Draft Regulation on Foreign Subsidies and Its WTO Compliance", *Chinese Journal of European Studies*, Issue 5, 2021, pp. 84-110 [en chinois].

<sup>188</sup> Rebecca HALBACH, Emmanuelle ROGIEST, "The EU Foreign Subsidies Regulation - closing gaps or overriding established trade rules?", in Lena HORNKOHL ed., *White Paper - How will the new EU Foreign Subsidies Regulation work?*, Wolters Kluwer, 2023, pp. 13-15.

<sup>189</sup> Article 2.1 de l'Accord SMC.

confirmer que ce terme renvoie au « territoire entier » ou à une « région géographique désignée à l'intérieur de ce territoire »<sup>190</sup>. D'autres dispositions, telles que l'article 25.2 de l'Accord SMC qui obligent les États membres à notifier toute subvention « accordée ou maintenue sur leur territoire »<sup>191</sup>, et la note 63 du même accord qui définit l'entreprise bénéficiaire comme « une entreprise située sur le territoire du Membre qui accorde la subvention »<sup>192</sup>. Il s'ensuit que le destinataire du financement public doit également se situer à l'intérieur du territoire de l'État.

**Différence de définition entre le Règlement et l'Accord SMC** - Partant de ces analyses, s'il est admis que les subventions étrangères telles qu'ont conçu le législateur européen désignent les aides de pays tiers dont le destinataire *final* est une entité exerçant ses activités économiques dans l'UE<sup>193</sup>, il convient alors de considérer que ces subventions ne constituent pas des subventions au sens des articles 1.1 a) 1) et 2.1 de l'Accord SMC. Par conséquent, l'UE serait probablement autorisée par l'Accord SMC à prendre des mesures pertinentes, pourvu que celles-ci n'impliquent pas des droits compensateurs.

## B. L'application cohérente du Règlement avec l'Accord SMC

**Incidence minimale de l'autre interprétation de l'article 1.1 de l'Accord SMC sur le Règlement** - Même s'il apparaît que les subventions extraterritoriales auraient tendance à être perçues comme entrant dans le champ d'application de l'article 2.1 de l'Accord SMC<sup>194</sup>, cette constatation n'empêche pas que l'UE soit capable, au moins formellement, de respecter ses obligations en droit de l'OMC lors de l'application du Règlement.

**Disposition exigeant la conformité à l'Accord SMC** - En effet, dans l'article 44.9 du Règlement, le législateur européen, en définissant la relation du nouveau mécanisme avec d'autres instruments juridiques européens et internationaux, a déjà souligné que les mesures en

---

<sup>190</sup> *SCM Agreement - Article 2 (DS reports)*, WTO Analytical Index, June 2023, p. 7.

<sup>191</sup> Article 25.2 de l'Accord SMC.

<sup>192</sup> Note 63 de bas de page de l'Accord SMC.

<sup>193</sup> Y compris les subventions qui, imputable à un pays tiers, vont d'une entité située dans ce pays à une autre entité au sein du territoire de l'UE qui fait partie de la même entreprise que la première. C'est le cas de la séparation entre le destinataire et le bénéficiaire d'une subvention.

<sup>194</sup> Victor CROCHET, Marcus GUSTAFSSON, "Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law", *op. cit.*

application du *Règlement* ne doivent pas être prises de manière à constituer une « action particulière » au sens de l'article 23.1 de l'Accord SMC<sup>195</sup>. Une telle disposition dispenserait le nouveau *Règlement* d'être incompatible « tel quel » avec le droit du commerce international<sup>196</sup>.

**Application possible du Règlement (UE) 2016/1037** - En pratique, il est envisageable que l'article 44.9 du *Règlement* exigerait de la Commission qu'elle écarte l'application du nouveau mécanisme si une subvention au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC peut être caractérisée dans les circonstances spécifique<sup>197</sup>. Pour remédier à la situation, l'UE appliquerait plutôt le règlement 2016/1037 sur les mesures compensatoires<sup>198</sup>.

**Conclusion** - Ainsi, il convient d'exclure l'incompatibilité du *Règlement* avec les obligations de l'UE prévues par l'Accord SMC.

## **Paragraphe 2 : La conformité du *Règlement* à l'AGCS**

**Absence de disposition relative aux subventions** - Il convient de rappeler que l'Accord SMC ne s'applique qu'aux subventions liées au commerce des marchandises et ne résout pas les questions sur le commerce des services. Or, comme il est déjà montré dans Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1 de la Partie précédente, toute « activité économique » concernant la fourniture des biens ou des services entre dans le champ d'application du *Règlement*. Par conséquent, il faut également examiner le nouveau mécanisme au regard de l'AGCS qui régit le domaine de services. Toutefois, il apparaît qu'à la différence de l'Accord SMC, l'AGCS ne contient pas de disposition spécifique liée aux mesures pour remédier les effets négatifs des subventions. L'article XV de l'AGCS indique seulement que des « consultations » pourraient être engagées avec l'État membre ayant accordé la subvention<sup>199</sup>. Il s'ensuit que la question de subventions ne peut pas être directement traitée conformément à cet accord.

---

<sup>195</sup> Article 44.9 du *Règlement*.

<sup>196</sup> Mario TOKAS, "Playing the Game: The EU's Proposed Regulation on Foreign Subsidies", *op. cit.*

<sup>197</sup> Till MÜLLER-IBOLD, "The Draft Foreign Subsidies Regulation - Relationship with other Union Instruments - Some Thoughts on Multilevel Enforcement and Duplication of Efforts", *ZEuS* no. 3, 2022, pp. 431-441.

<sup>198</sup> 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, préc.

<sup>199</sup> Article XV de l'AGCS.

**Annnonce** - Cela dit, il est intéressant de voir que l'AGCS permet quand-même d'examiner la légalité du *Règlement* de façon indirecte. En effet, le nouveau mécanisme peut être contesté sur le fondement du traitement de la nation la plus favorisée (A), ainsi que celui du traitement national (B), tous les deux principes étant consacrés dans l'AGCS.

#### A. Traitement de la nation la plus favorisée

**Principe** - Le principe du traitement de la nation la plus favorisée est une obligation générale consacrée dans l'article II de l'AGCS qui dispose que « chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays »<sup>200</sup>. Il s'ensuit que l'UE doit traiter les entreprises étrangères exerçant leur activité dans le domaine de services de manière égale et sans discrimination, quelle que soit leur nationalité<sup>201</sup>. En plus, comme le fait d'être subventionné par un pays tiers n'altère pas la nature des services prêtés, il y a lieu de considérer que les fournisseurs de services sont similaires<sup>202</sup>.

**Discrimination de facto** - Au premier abord, il n'existe pas dans le *Règlement* de disposition prévoyant un traitement discriminatoire contre un ou plusieurs pays particuliers. Une distinction est seulement faite entre les entreprises ayant reçu une subvention étrangère et celles qui n'en a pas reçu, sans prendre en considération la nationalité de l'entreprise concernée. Par conséquent, il n'y a pas, au moins, d'incompatibilité « telle quelle » avec l'article II de l'AGCS. Or, en pratique, une mesure peut être *de facto* discriminatoire<sup>203</sup> si, compte tenu de la totalité des faits et circonstances<sup>204</sup>, la « conception », la « structure » et le « fonctionnement attendu » de cette mesure sont tels que les fournisseurs d'un pays particulier sont traités moins favorablement<sup>205</sup>.

---

<sup>200</sup> Article II.1 de l'AGCS. Bien sûr, selon le troisième paragraphe du même article, ce principe n'empêche pas les avantages accordés à des pays limitrophes en vue de faciliter les échanges commerciaux régionaux.

<sup>201</sup> Voir par exemple *Argentine - Services financiers*, Rapport de l'Organe d'appel, para. 6.105.

<sup>202</sup> Victor CROCHET, Marcus GUSTAFSSON, "Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law", *op. cit.*

<sup>203</sup> *CE - Bananes III*, Rapport de l'Organe d'appel, paras. 233-234.

<sup>204</sup> *États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle*, Rapport de l'Organe d'appel, para. 206.

<sup>205</sup> *UE - Paquet législatif pour l'énergie*, Rapport du Groupe spécial, para. 7.489.

**Analyse** - Concernant la conception du *Règlement*, bien que le livre blanc publié par la Commission n'ait mentionné aucun pays étranger<sup>206</sup>, il est pourtant incontestable que le Règlement est conçu dans le but explicite de s'attaquer aux subventions chinoises. Selon une série de documents officiels et des opinions d'un certain nombre de membres du Parlement européen, c'est la présence des entreprises chinoises subventionnée par leur pays qui pose le plus de problèmes à la concurrence sur le marché intérieur et à la stratégie commerciale de l'UE<sup>207</sup>. Il peut en être déduit que le Règlement vise spécialement les subventions chinoises et, logiquement, les entreprises chinoises qui sont en réalité les plus susceptibles de recevoir des subventions de Chine.

Concernant la structure du *Règlement*, les articles 14 et 36 confèrent à la Commission le pouvoir de procéder aux inspections auprès des entreprises, et le pouvoir de mener des enquêtes sur « l'utilisation de l'instrument de subvention concerné » par les entreprises<sup>208</sup>. Ces inspections et enquêtes peuvent bien être dirigées vers les entreprises des pays particuliers comme la Chine<sup>209</sup>.

Enfin, concernant le fonctionnement futur, à en juger par les nombreuses enquêtes antidumping menées principalement contre la Chine dans le cadre du rétablissement des conditions de concurrence équitables<sup>210</sup>, il est probable que l'application des dispositions susmentionnées du *Règlement* sera concentrée sur un petit nombre de pays<sup>211</sup>.

---

<sup>206</sup> Mais de manière indirecte, ce texte fait référence à Sino-CEEF, un fonds d'investissement chinois. Voir Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, préc. p. 10, note 10 de bas de page.

<sup>207</sup> Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market, préc., pp. 5 et 11 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions EMPTU, « Réexamen de la politique commerciale - Une politique commerciale ouverte, durable et ferme », préc., pp. 1-2 ; Dafydd ab Iago, "EU mulls tougher stance on foreign investments", *argus*, 17 June 2020, <https://www.argusmedia.com/en/news/2115229-eu-mulls-tougher-stance-on-foreign-investments>

<sup>208</sup> Articles 14.1 et 36.1 du *Règlement*.

<sup>209</sup> Jianguo HU, Yujin CHEN, "EU Draft Regulation on Foreign Subsidies and Its WTO Compliance", *op. cit.*

<sup>210</sup> Commission européenne, Communiqué de presse, « Rapport sur la défense commerciale : rétablir des conditions de concurrence équitables pour les producteurs européens », le 4 mai 2020, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_20\\_780](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_780)

<sup>211</sup> Jianguo HU, Yujin CHEN, "EU Draft Regulation on Foreign Subsidies and Its WTO Compliance", *op. cit.*

**Conclusion** - Suite à l'analyse ci-dessus, il convient de conclure que le *Règlement*, dans son *application* future, risque de constituer une violation *de facto* de l'article II de l'AGCS.

## B. Traitement national

**Principe** - Le principe du traitement national est prévu par l'article XVII de l'AGCS. Ce principe consiste en un traitement accordé aux fournisseurs de services étrangers « non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires »<sup>212</sup>. Contrairement à l'article II du même accord, qui reste silencieux sur la possibilité d'une violation *de facto*, l'article XVII dispose explicitement qu'un traitement « formellement identique » peut être considéré comme moins favorable s'il « modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du Membre par rapport [à] (...) tout autre Membre »<sup>213</sup>.

Bien que le *Règlement* s'applique *formellement* à toutes les entreprises, européennes ou étrangères, qui exerce une activité économique dans l'UE, il est quand-même probable que les dispositions soient dirigées vers les entreprises étrangères opérant sur le marché intérieur, puisque les pays tiers sont bien plus motivés à leur verser des aides publiques<sup>214</sup>. Cependant, à la différence du principe du traitement de la nation la plus favorisée, le fait que l'application du *Règlement* vise principalement les entreprises étrangères ne suffit pas pour caractériser une violation du traitement national, pourvu que le nouveau mécanisme ne soit pas plus sévère que le régime du contrôle des aides d'État, auquel sont soumis les fournisseurs de services européens.

**Différences de traitement *de facto*** - Or, il y a vraiment lieu de croire que certaines dispositions sont plus contraignantes pour les entreprises étrangères subventionnées par des pays tiers. D'abord, en droit européen des aides d'État, c'est l'État qui a l'obligation de notifier l'aide accordée<sup>215</sup>, mais selon le nouveau *Règlement*, il incombe à l'entreprise de notifier les subventions reçues. S'il est vrai qu'il est simplement impossible de demander aux pays tiers de faire de telles notifications, il peut tout de même être constaté que les conditions de notification

---

<sup>212</sup> Article XVII.1 de l'AGCS.

<sup>213</sup> Article XVII.3 de l'AGCS.

<sup>214</sup> Victor CROCHET, Marcus GUSTAFSSON, "Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law", *op. cit.*

<sup>215</sup> Article 108.2 du TFUE.

sont substantiellement différentes dans les deux régimes : l'État membre de l'UE n'est tenu de notifier que s'il accorde une aide d'État, alors que l'entreprise étrangère, en l'application du *Règlement*, sera obligée de notifier si elle a reçu de pays tiers des « contributions financières » totales cumulées de plus de 50.000.000 EUR<sup>216</sup>. La notion de contributions financières est beaucoup plus large que les aides d'État car elles comprennent également les contributions qui ne sont pas sélectives et qui ne confère pas d'avantage concurrentiel<sup>217</sup>. Enfin, tandis que le droit européen des aides d'État contient un nombre important d'exemptions par catégories<sup>218</sup>, le Règlement prévoit peu d'exemption<sup>219</sup>. Même s'il est à attendre que la Commission introduise des exemptions à l'avenir<sup>220</sup>, compte tenu de la nature défensive du *Règlement*, celles-ci ne sont probablement pas comparables aux conditions prévues par le règlement (UE) n ° 651/2014.

**Exceptions non applicables** - Il reste à voir si les exceptions générales prévues par l'AGCS peuvent être appliquées. Conformément à l'article XIV a) de l'accord, sont exemptées les mesures « nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public »<sup>221</sup>, mais une telle exception se limite à la situation où « une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société »<sup>222</sup>. Bien que les considérations liées à la concurrence peuvent être considérées comme faisant partie de l'ordre public<sup>223</sup>, il est quand même difficile de dire les effets négatifs engendrés par les subventions étrangères atteindraient le haut seuil établi par le texte de l'AGCS, surtout lorsque des États membre de l'UE injectent eux-mêmes des aides importantes dans leur propre stratégie économique<sup>224</sup>, et que l'UE elle-même

---

<sup>216</sup> Article 20.3 a) du *Règlement*.

<sup>217</sup> Jan BLOCKX, "The proposal for an EU Regulation on foreign subsidies distorting the internal market: how will it impact corporate mergers and acquisitions?", *SSRN Scholarly Paper*, 5 October 2021, pp. 1-11 <https://papers.ssrn.com/abstract=3936624>.

<sup>218</sup> 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. 1-78.

<sup>219</sup> Alain ALEXIS, "Foreign subsidy controls: The new European Commission proposal", *op. cit.*

<sup>220</sup> Jan BLOCKX, "The proposal for an EU Regulation on foreign subsidies distorting the internal market: how will it impact corporate mergers and acquisitions?", *op. cit.*

<sup>221</sup> Article XIV a) de l'AGCS.

<sup>222</sup> Note 5 de l'AGCS.

<sup>223</sup> *États-Unis - Mesures tarifaires (Chine)*, Rapport du Groupe spécial, paras. 7.113-7.153.

<sup>224</sup> Voir par exemple Nathalie STEIWER, « L'Allemagne relance la pompe à subvention pour sa transformation énergétique », *Les Échos*, le 9 août 2023, <https://www.lesechos.fr/monde/europe/lallemagne-relance-la-pompe-a-subvention-pour-sa-transformation-energetique-1969138>

envisage déjà de simplifier les procédures du contrôle des aides d'État pour des objectifs pareils<sup>225</sup>.

En outre, l'article XIV fournit une autre exception, à savoir la nécessité de respecter les lois ou réglementations compatibles avec l'ASGC<sup>226</sup>. Même s'il est possible de prétendre que le Règlement est mis en place pour assurer le respect des règles de concurrence de l'UE, le législateur européen aurait toujours pu prendre des mesures moins restrictives, à savoir une disposition de rechange prévoyant que l'entreprise n'a pas à notifier que lorsqu'il est constaté que son comportement s'écarte des conditions normales de marché<sup>227</sup>. En revanche, avec des dispositions imposant des fardeaux administratifs plus lourds que nécessaire, le *Règlement* est susceptible de ne pas bénéficier de ces exceptions<sup>228</sup>.

**Conclusion** - Avec les analyses précédentes, Il convient ainsi de conclure que le l'UE manquerait possiblement à ses obligations en vertu de l'AGCS.

## **Section 2 : La légalité du mécanisme au regard du droit des investissements internationaux**

**Annonce** - Outre les obligations multilatérales de l'UE en droit de l'OMC, il ne faut pas oublier les obligations bilatérales en matière d'investissement, prévues par les TBI signés entre l'UE et d'autres pays. Comme le *Règlement* est étroitement lié au contrôle des investissements étrangers (**Paragraphe 1**), il convient donc d'examiner si le nouveau mécanisme répond aux exigences en droit des investissements internationaux, notamment en ce qui concerne le principe du traitement national (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1 : Le *Règlement* comme outil de contrôle des investissements étrangers**

---

<sup>225</sup> Raphaël VUITTON, « Réforme : Le Conseil européen souhaite que les procédures en matière d'aides d'État soient plus simples, plus rapides et plus prévisibles, afin de renforcer la compétitivité et la souveraineté de l'Union », *Concurrences* N° 2-2023, Art. N° 112329, pp. 113-114.

<sup>226</sup> Article XIV c) de l'AGCS.

<sup>227</sup> Victor CROCHET, Marcus GUSTAFSSON, "Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law", *op. cit.*

<sup>228</sup> *CE - Produits dérivés du phoque*, Rapport de l'Organe d'appel, paras. 5.214-5.215.

**Annnonce** - En apparence, le *Règlement* s’occupe seulement des subventions et constitue ainsi un outil visant la concurrence dans le marché intérieur, sans considération spéciale pour le contrôle des investissements étrangers. Or, compte tenu des relations proches entre le *Règlement* et les régimes existants du contrôle des investissements étrangers, en particulier le règlement sur le filtrage des IDE<sup>229</sup>, il y a lieu de croire que le *Règlement* constitue également un outil de contrôle des investissements étrangers, ce qui rend pertinente la question de légalité en droit des investissements internationaux. Dans ce présent paragraphe, seront notamment étudiées d’abord la complémentarité du *Règlement* par rapport au règlement sur le filtrage des IDE (A), et ensuite les similarités entre le *Règlement* et le règlement sur le filtrage des IDE (B).

#### A. La complémentarité du *Règlement* par rapport au règlement sur le filtrage des IDE

**Besoin de réduire les risques provoqués par les investissements étrangers** - Dans son livre blanc sur les subventions étrangères publié en 2020, la Commission a, dès le début, exprimé son souci à propos des « risques accrus »<sup>230</sup> présentés par l’existence des subventions étrangères. Alors que « une plus grande ouverture aux investisseurs étrangers est synonyme de perspectives pour l’économie de l’UE »<sup>231</sup>, les commissionnaires éprouve quand-même le besoin de protéger la sécurité des États membres et ses citoyens ainsi que la compétitivité de l’économie européenne<sup>232</sup>.

**Objectif du règlement sur le filtrage des IDE** - Le règlement sur le filtrage des IDE est ainsi conçu pour garder la sécurité et l’ordre public de l’UE<sup>233</sup>, ce qui consiste avant tout à assurer que les infrastructures critiques, les technologies critiques ainsi que l’accès aux informations sensibles ne soient pas contrôlées par les pouvoirs publics étrangers à travers des investissements.

---

<sup>229</sup> 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 79I du 21.3.2019, pp. 1-14.

<sup>230</sup> Livre blanc relatif à l’établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, préc., p. 8.

<sup>231</sup> *ibid.*

<sup>232</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Une nouvelle stratégie industrielle pour l’Europe », préc., p. 1.

<sup>233</sup> Article 1.1 du Règlement (UE) 2019/452.

**Le Règlement comme complément** - La protection de la compétitivité du marché intérieur faisant défaut dans le règlement précité, les décideurs de l'UE ont donc envisagé de compléter la boîte à outils pour le contrôle des investissements étrangers qui privent les entreprises européennes d'opportunités d'investissement<sup>234</sup>. Ainsi, le *Règlement* est sorti pour combler cette lacune.

### B. La similarité entre le *Règlement* et le règlement sur le filtrage des IDE

**Objectifs communs** - Dans son préambule, le nouveau *Règlement* fait explicitement référence au règlement sur le filtrage des IDE pour souligner que les secteurs « présentant un intérêt stratégique pour l'Union » et les « infrastructures critiques » visées par le règlement (UE) 2019/452<sup>235</sup> sont bien pris en compte lors du traitement des subventions étrangères. Pareillement, dans le livre blanc de la Commission, bien qu'il soit affirmé que « 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 »<sup>236</sup>, il peut tout de même être relevé par endroits des renvois à la situation défavorisée des entreprises de l'UE face aux entreprises étrangères subventionnées par leur pays, lorsqu'il s'agit « d'acquérir des actifs essentiels et de rester à l'avant-garde technologique »<sup>237</sup> ou « d'obtenir un accès privilégié à des infrastructures critiques et majeures »<sup>238</sup>. Partant de ces constatations, il est clair que le nouveau *Règlement* partage au moins des objectifs communs avec le contrôle typique des investissements étrangers.

L'article 52.3 c) du *Règlement* est encore plus révélateur : il permet à la Commission d'établir « des seuils de notification spécifiques pour certains secteurs économiques ou des seuils différenciés pour différents types de marchés publics ou de concessions (...) y compris en ce qui concerne les secteurs stratégiques et les infrastructures critiques »<sup>239</sup>. Si la Commission le fait

---

<sup>234</sup> Xueji SU, "A Critical Analysis of the EU's Eclectic Foreign Subsidies Regulation: Can the Level Playing Field Be Achieved?", *op. cit.*

<sup>235</sup> Paragraphe 3 du préambule du *Règlement*.

<sup>236</sup> Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, préc., p. 5.

<sup>237</sup> *ibid.*, p. 9.

<sup>238</sup> *ibid.*, p. 10.

<sup>239</sup> Article 52.3 c) du *Règlement*.

vraiment pour les transactions dans les secteurs stratégiques et les infrastructures critiques, le *Règlement* peut devenir un outil dont l'une des fonctions est presque identique que le règlement (UE) 2019/452, d'autant plus que « le résultat de l'examen des subventions étrangères est similaire à celui de l'examen des IDE : une autorisation, une autorisation soumise à conditions ou une interdiction »<sup>240</sup>.

**Conclusion** - Ainsi, le *Règlement* se soucie non seulement des questions relatives à la concurrence, mais aussi de réduire les risques que comportent les investissements étrangers dans les secteurs critiques, à savoir les nouvelles technologies, afin d'assurer l'autonomie stratégique de l'UE. Cela fait du contrôle des subventions étrangères un vrai contrôle des investissements étrangers, qui risque souvent d'être abusé dans un dessein protectionniste.

## **Paragraphe 2 : La question du traitement discriminatoire**

**Annexe** - Considéré comme un outil de contrôle des investissements étrangers, le *Règlement* est susceptible d'imposer aux investisseurs de pays tiers un traitement discriminatoire. Par analogie à Section 1, Paragraphe 2 de cette Partie, un nombre de dispositions du Règlement risquent de porter atteinte au principe du traitement national, consacré dans les traités d'investissement bilatéraux dont l'UE est partie contractante (A). En même temps, les exceptions au principe du traitement national ont peu de chance d'être appliquées au *Règlement* (B).

### A. La violation du principe du traitement national

**Applicabilité du principe du traitement national** - L'investisseur étranger a la possibilité de contester le nouveau mécanisme de contrôle des subventions étrangères, sur le fondement du principe du traitement national prévu dans de nombreux accords relatifs aux investissements, signés par l'UE et leur pays. Par exemple, dans l'article 8.6 de l'AECG établie entre Canada et l'UE, il est prévu que « chaque Partie accorde à un investisseur de l'autre Partie et à un investissement visé un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des

---

<sup>240</sup> Pablo FIGUEROA and Julia M. BÖHME, "The Foreign Subsidies Regulation and Foreign Direct Investment: How to Reconcile?", *Kluwer Competition Law Blog*, 9 January 2023, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/01/09/the-foreign-subsidies-regulation-and-foreign-direct-investment-how-to-reconcile/>

situations similaires, à ses propres investisseurs et à leurs investissements »<sup>241</sup>. Ce Principe s'applique tant aux aspects pré-établissement, tels que l'acquisition, qu'aux aspects post-établissement tels que la direction, l'exploitation, la jouissance, etc<sup>242</sup>. Par conséquent, l'UE doit assurer que les investisseurs canadiens soient traités dans les mêmes conditions que les investisseurs européens lors de l'application du Règlement dans tous ses trois domaines (concentrations, marchés publics et autres types d'activités économiques). D'autres traités bilatéraux sont plus restrictifs sur ce point, à savoir l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Singapour (pas encore ratifié par tous les États membres de l'UE), ou bien l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viêt Nam (pas encore ratifié par tous les États membres de l'UE), dans lesquels seuls les aspects post-établissement dont l'exploitation<sup>243</sup> ou la gestion<sup>244</sup> sont concernés. Il s'ensuit que, à l'égard des investisseurs singapouriens et vietnamiens, le Règlement est censé obéir à ce principe au moins en ce qui concerne la passation des marchés publics et les activités économiques ordinaires.

**Traitement discriminatoire de facto** - Les tribunaux d'arbitrage d'investissement ont généralement tendance à considérer qu'il peut y avoir de la discrimination *de facto* à côté de la discrimination *de jure*.<sup>245</sup> Si « l'effet pratique de la mesure est de créer un avantage disproportionné pour les ressortissants nationaux par rapport aux non-ressortissants »<sup>246</sup>, surtout lorsque cette mesure entraîne « des distinctions déraisonnables entre les investisseurs étrangers et nationaux dans des circonstances similaires »<sup>247</sup>, un traitement discriminatoire *de facto* peut être caractérisé. En effet, puisque les discriminations explicites dans les législations sont relativement

---

<sup>241</sup> Article 8.6, paragraphe 1 de l'AECG.

<sup>242</sup> *ibid.* Voir également : Régis BISMUTH, Dominique CARREAU, Andrea HAMANN et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, 6e éd., 2017, p. 621.

<sup>243</sup> Article 2.3, paragraphe 1 de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Singapour, d'autre part.

<sup>244</sup> Article 2.3, paragraphe 1 de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République socialiste du Viêt Nam, d'autre part.

<sup>245</sup> Lan LI, Jun PENG, Celine CEN, Jern-Fei NG KC and Shiping LIAO, "National Treatment in International Investment Law", in Barton LEGUM ed., *The Investment Treaty Arbitration Review*, 8th Edition, The Law Reviews, 2023, <https://thelawreviews.co.uk/title/the-investment-treaty-arbitration-review/national-treatment-in-international-investment-law>

<sup>246</sup> *SD Myers Inc c/ Canada*, ALENA, sentence partielle (13 novembre 2000), para. 252.

<sup>247</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa c/ United Mexican States*, CIRDI, aff. ARB(AF)/99/1, sentence (16 décembre 2002), para. 170.

rare, les tribunaux procèdent souvent à l'appréciation de l'existence d'une discrimination de fait<sup>248</sup>.

Comme déjà démontré dans Section 1, Paragraphe 2 de la présente Partie, de nombreuses dispositions du Règlement imposent des fardeaux supplémentaires aux entreprises subventionnées par des pays tiers, notamment en ce qui concerne la double obligation de notification pour les concentrations et le manque d'exemptions par catégories. Comme en pratique ce sont les investisseurs étrangers qui sont le plus souvent subventionnés par des pays tiers, il y a grand risque que l'application de ces dispositions ci-dessus constitue un traitement discriminatoire *de facto*. En plus, il serait intéressant de noter qu'il n'existe pas encore, à ce stade, de règles aussi strictes que le contrôle des aides d'État et le contrôle des subvention étrangères établi par le *Règlement*, pour les contributions financières venant de l'Union<sup>249</sup>, ce qui ajouterait au caractère discriminatoire du *Règlement*.

#### B. L'inapplicabilité des exceptions au principe du traitement national

**Silence de texte** - Certes, tout principe connaît des exceptions. Or, le *Règlement* aurait des difficultés à bénéficier d'une exception au principe du traitement national. D'abord, l'AECG ne prévoit pas d'exception au traitement national ; l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viêt Nam ne contient que des exceptions par secteurs<sup>250</sup>. Selon la pratique des tribunaux internationaux, une différence de traitement ne peut se justifier que si elle est « vraisemblablement liée à un objectif légitime de la politique » et « appliquées de manière non discriminatoire ou comme un obstacle déguisé à l'égalité des chances »<sup>251</sup>. Si le *Règlement* poursuit un objectif légitime lié à la concurrence, son application reste discriminatoire, comme démontré plus haut, et risque de « poser des obstacles et barrières aux entreprises étrangères »<sup>252</sup>

---

<sup>248</sup> Lan LI et al., "National Treatment in International Investment Law", *op. cit.*

<sup>249</sup> Bin YE, "A Comment on EU's White Paper on Foreign Subsidies: Its Implications to Foreign Investment Protection", *Chinese Review of International Law*, issue 6, 2020, pp. 70-85 [en chinois].

<sup>250</sup> Annexe 2 de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République socialiste du Viêt Nam, d'autre part.

<sup>251</sup> *GAMI Investments c/ Mexique*, UNCITRAL, sentence finale (15 novembre 2004), para. 104.

<sup>252</sup> CCCEU Statement on EC proposal for regulation on foreign subsidies, 6 May 2021, [http://en.ccceu.eu/2021-05/07/c\\_1432.htm](http://en.ccceu.eu/2021-05/07/c_1432.htm)

qui sont en concurrence avec celles européennes dans le développement de nouvelles technologies.

**Exception « ordre public »** - Ensuite, l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Singapour dispose qu'une dérogation au traitement national est justifiable si les mesures prises sont nécessaires à la protection de la sécurité publique, de la morale publique, ou au maintien de l'ordre public<sup>253</sup>. Cette exception, tout comme dans l'AGCS, est pourtant limitée à la situation où une menace « réelle et suffisamment grave » pèse sur l'un des « intérêts fondamentaux » de la société<sup>254</sup>. Dans la même logique que l'analyse sur l'AGCS, il est difficile de qualifier ces aides publiques comme présentant une telle menace sur les intérêts fondamentaux de l'UE.

**Conclusion** - Ainsi, le *Règlement*, lors de son application en pratique, est bien susceptible de manquer à des obligations de l'UE en matière des investissements internationaux.

## Chapitre 2 : L'efficacité limitée de l'application du Règlement

**Annonce** - Chargé des deux objectifs distincts mais reliés, à savoir le rétablissement d'une concurrence équitable et la protection des industries stratégiques de l'UE, le *Règlement* témoigne de la grande ambition politique du législateur européen. C'est aussi avec cette ambition qu'est mise en place une procédure de contrôle exigeante voire pesante pour s'attaquer au mieux aux subventions octroyées par des pays tiers.

Il reste à examiner si ces armes lourdes fonctionneront de façon vraiment efficace pour atteindre leurs objectifs. Comment démontré dans le chapitre précédent, la possibilité de contestations sur le fondement des obligations internationales de l'UE risque déjà d'affaiblir la mise en œuvre efficace du *Règlement*<sup>255</sup>. Or, le plus grand problème réside dans le texte même du Règlement. Déjà à l'intérieur de l'UE, le travail énorme découlant de la procédure de notification non seulement rendra perplexes les entreprises, mais également compliquera le contrôle exercé par la Commission (**Section 1**). Qui plus est, ce mécanisme unilatéral ayant des traits

---

<sup>253</sup> Article 2.3, paragraphe 3 (a) de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Singapour, d'autre part.

<sup>254</sup> *ibid.*, note 6 de bas de page.

<sup>255</sup> Ondrej BLAŽO, "A New Regime on Protection of Public Procurement against Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: Mighty Paladin or Giant on the Feet of Clay?", *International and Comparative Law Review*, vol. 21, no. 2, 2021, pp. 138 - 161.

protectionnistes risque de rencontrer de nombreuses difficultés lors de son application en dehors de l'UE (**Section 2**).

## **Section 1 : La difficulté d'application au sein de l'UE**

**Annnonce** - Le *Règlement* s'applique à toute entreprise exerçant ses activités économiques au sein de l'UE. Une double procédure de contrôle *a posteriori* et de notification *a priori*, combinée avec un examen de deux phases (**Paragraphe 1**), confère certes à la Commission un pouvoir extensif pour appréhender l'existence ainsi que les effets négatifs des subventions étrangères, mais en même temps plonge la Commission dans un océan d'informations difficiles à apprécier, ce qui porterait atteinte à l'efficacité du fonctionnement du *Règlement* (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1 : Une procédure de contrôle exigeante pour les entreprises**

**Examen d'office à deux phases** - Pour les subventions destinées à des entreprises opérant régulièrement dans le marché intérieur ainsi que celles accordées à des concentrations et des passations de marchés publics de faible valeur, l'article 9 du *Règlement* met en place un examen d'office par la Commission qui, soupçonnant l'existence d'une subvention étrangères capable d'entraîner des distorsions de concurrence, peut examiner toutes les informations provenant de toutes sources<sup>256</sup>.

Lors de cet examen d'office, la Commission peut déclencher un examen préliminaire, en demandant des renseignements ou en menant des inspections, pour évaluer les effets de distorsion possibles sur le marché intérieur<sup>257</sup>. Après l'examen préliminaire, la Commission peut soit déclencher une enquête approfondie en cas d'évidence suffisante, soit mettre fin à l'examen en absence d'éléments indiquant des distorsions réelles ou potentielles<sup>258</sup>. Pendant la seconde phase de l'examen qu'est l'enquête approfondie, la Commission continue à rechercher les informations

---

<sup>256</sup> Article 9.1 du *Règlement*. Paragraphe 3 de l'article 9 indique davantage que l'examen portant sur les procédures de passation de marchés publics ou de concessions se limitent aux marchés ou aux concessions attribués.

<sup>257</sup> Article 10.1 du *Règlement*.

<sup>258</sup> Article 10.3 et 10.4 du *Règlement*.

nécessaires<sup>259</sup> et procède à la mise en balance des effets positifs et négatifs de la subvention<sup>260</sup>, afin de déterminer la distorsion de concurrence. S'il est constaté que la subvention étrangère fausse le marché intérieur, la Commission peut imposer des mesures réparatrices<sup>261</sup> ou accepter des engagements proposés par l'entreprise qui fait l'objet de l'enquête<sup>262</sup> ; dans le cas contraire, elle adopte une « décision de ne pas émettre d'objection »<sup>263</sup> et termine l'enquête.

**Obligations de notification exigeantes** - Les deux phases d'examen s'appliquent également aux procédures de notification *a priori* pour les concentrations et les marchés publics de grande valeur (c'est-à-dire les concentrations dont au moins une des parties est établie dans l'Union et génère un chiffre d'affaires total d'au moins 500.000.000 EUR dans l'Union<sup>264</sup>, et les marchés publics dont la valeur est égale ou supérieure à 250.000.000 EUR<sup>265</sup>). Il convient de faire remarquer que ces obligations de notification peuvent être étendues aux transactions qui n'atteignent pas les seuils ci-dessus, car la Commission a le pouvoir de demander la notification préalable de toute concentration et de toute passation de marchés public si elle soupçonne qu'il existe des subventions étrangères<sup>266</sup>. Dans ce cas-là, il n'y aura qu'un seuil unique : celui de 4.000.000 EUR de contributions financières au cours des trois années précédentes<sup>267</sup>. Par conséquent, toute entreprise qui participe à une concentration ou à une procédure de passation de marchés publics doit en pratique se préparer pour la notification préalable. Bien que Mme Vestager ait déclaré que « le règlement sur les subventions étrangères est un filet conçu pour attraper les gros poissons » et que la Commission devra « se concentrer sur les grandes transactions »<sup>268</sup>, il reste bien envisageable que toutes les entreprises dépenseront des sommes importantes pour la préparation de notification afin de réduire les incertitudes, surtout lorsque les

---

<sup>259</sup> Article 11.1 du *Règlement*.

<sup>260</sup> Article 11.4 b) du *Règlement*.

<sup>261</sup> Article 11.2 du *Règlement*.

<sup>262</sup> Article 11.3 du *Règlement*.

<sup>263</sup> Article 11.4 du *Règlement*.

<sup>264</sup> Article 20.3 b) du *Règlement*.

<sup>265</sup> Article 28.1 a) du *Règlement*.

<sup>266</sup> Articles 21.5 et 29.8 du *Règlement*.

<sup>267</sup> Alain ALEXIS, "Foreign subsidy controls: The new European Commission proposal", *op. cit.*

<sup>268</sup> Keynote of EVP Vestager for the Concurrences Conference on the Foreign Subsidies Regulation: "Foreign Subsidies - a piece in the geopolitical puzzle", 6 March 2023, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/SPEECH\\_23\\_1503](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/SPEECH_23_1503)

sanctions pour défaut de coopération sont lourdes, comme c'est évoqué dans le second chapitre de la première partie.

Ce qui ajoute au fardeau que devront supporter les entreprises est le contenu de notification. La notion de « contribution financière » est beaucoup plus large que celle de « subvention » explorée dans Partie I, puisque cette première n'exige pas la sélectivité et l'avantage conféré à l'entreprise<sup>269</sup>. Les entreprises devront ainsi prêter attention à toutes les transactions qui ont eu lieu pendant les trois années précédentes et en collecter toutes sortes d'informations susceptibles d'être utiles à l'appréciation des subventions.

**Effets intimidants** - Partant de ces constatations, il serait à craindre que ces lourdeurs procédurales ne fassent qu'élever davantage les barrières d'entrée au marché intérieur pour les entreprises étrangères qui ont, pour rappel, plus de possibilité d'être subventionnée par leur pays d'origine. L'abandon possible du marché européen par des entreprises à cause du coût élevé de la *compliance* risquerait de créer des externalités négatives qui compromettraient la réalisation des objectifs du *Règlement*.

## **Paragraphe 2 : Une procédure de contrôle accablante pour la Commission**

**Quantité énorme des informations à traiter** - Du côté de la Commission, une telle procédure présenterait des difficultés considérables non dans la collecte d'informations, mais dans l'analyse de ces informations. Comme indiqué ci-dessus, les contributions financières comprennent presque toutes les opérations fiscales et commerciales liées à une entreprise<sup>270</sup>, couvrant des centaines, voire des milliers de transactions qui ne sont peut-être pas des « subventions »<sup>271</sup>. Il semble qu'elle a bien l'intention d'avoir le plus de détails sur toutes ces transactions avec les

---

<sup>269</sup> Lena HORNKOHL, "Introduction", *op. cit.*

<sup>270</sup> Jay MODRALL, "The EU Foreign Subsidies Regulation's impact on M&A", in Lena HORNKOHL ed., *White Paper - How will the new EU Foreign Subsidies Regulation work?*, Wolters Kluwer, 2023, pp. 10-12.

<sup>271</sup> Ulrich SOLTÉSZ, "Be Careful What You Wish For... The Foreign Subsidies Regulation Triggers Buyer's Remorse", *Kluwer Competition Law Blog*, 20 March 2023, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/03/20/be-careful-what-you-wish-for-the-foreign-subsidies-regulation-triggers-buyers-remorse/>

formulaire établis dans le règlement d'exécution adopté en juillet 2023<sup>272</sup>. Sur les deux formulaires destinés respectivement aux entreprises participant à une concentration et à celles participant à une procédure de passation de marchés publics, figurent non seulement des questions sur chacune des sources de financement, leur montant, leurs conditions, l'identité des parties qui y sont impliquées, mais aussi des questions plus difficiles, par exemple sur la « justification économique » de chaque octroi de contributions<sup>273</sup>. Pour ce qui est du volume d'informations, le nouveau mécanisme « fait ressembler (...) le contrôle des concentrations à une fête d'anniversaire d'enfant »<sup>274</sup>.

**Paradoxe** - Or, avec tant d'informations à traiter, la Commission devra faire face à un paradoxe. Si la Commission reste fidèle à l'appréciation plus fine et plus « économique » des subventions étrangères comme suggère le texte du *Règlement*, elle sera obligée d'identifier d'abord les subventions au sens de l'article 3 du Règlement parmi les dizaines voire centaines de contributions financières dans de multiples secteurs, avant de procéder à une analyse des effets de distorsion dans les circonstances spécifiques concernant chaque subvention, ce qui constitue un travail d'une toute autre complexité par rapport à l'analyse d'une seule aide publique ou d'un seul projet d'aide publique en droit des aides d'État<sup>275</sup>. Dans ce cas, il est concevable que la Commission mette beaucoup plus de temps que dans le contrôle normal des concentrations ou des concessions<sup>276</sup>, et que l'efficacité soit ainsi considérablement réduite.

Si au contraire la Commission tient plus aux délais prévus par le Règlement<sup>277</sup> qu'à l'analyse affinée de l'existence des subventions et des distorsions, elle risquera de ne pas pouvoir évaluer correctement l'atteinte portée à la concurrence dans le marché intérieur et, pour cette raison, de ne pas être en mesure de déterminer la mesure réparatrice la plus appropriée, ce qui signifie

---

<sup>272</sup> 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, OJ L 177, 12.7.2023, p. 1-44.

<sup>273</sup> Annexe II, pt 3.2.4 du règlement d'exécution (UE) 2023/1441.

<sup>274</sup> Ulrich SOLTÉSZ, "Be Careful What You Wish For... The Foreign Subsidies Regulation Triggers Buyer's Remorse", *op. cit.*

<sup>275</sup> Jay MODRALL, "The EU Foreign Subsidies Regulation's impact on M&A", *op. cit.*

<sup>276</sup> *ibid.*

<sup>277</sup> Articles 24.1 b), 24.4 et 24.5 du *Règlement*.

également une perte d'efficacité. En outre, dans cette situation, la Commission court le risque de faire ressembler le Règlement davantage à un outil protectionniste, même involontairement<sup>278</sup>.

**Conclusion** - Compte tenu des analyses ci-dessus, il convient de considérer que la mise en œuvre du nouveau mécanisme de contrôle des subventions étrangères dans le marché intérieur, avec une telle procédure, sera presque inévitablement frappée d'inefficacité.

## **Section 2 : La difficulté d'application en dehors de l'UE**

**Annnonce** - Les objectifs du nouveau *Règlement* semblent encore plus difficiles à atteindre lorsque la Commission entend étendre son contrôle à l'extérieur de l'UE. Comme démontré dans le premier chapitre de Partie I, le législateur européen a prévu l'application du *Règlement* à des entreprises établies en dehors de l'UE afin d'appréhender au mieux les subventions étrangères. Une procédure est également mise en place pour faciliter l'application extra-territoriale (**Paragraphe 1**). Or, il convient mieux de garder de la méfiance à l'égard de l'efficacité de son fonctionnement en pratique (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1 : Le cadre d'une mesure unilatérale**

**Procédures** - Pour que le nouveau mécanisme de contrôle des subventions étrangères puisse s'appliquer dans les situations où l'entreprise concernée est établie partiellement ou entièrement à l'extérieur de l'UE, le *Règlement* habilite la Commission à collecter des informations dans des pays tiers. D'abord, en ce qui concerne la demande de renseignements, lorsqu'en entretien est contraint d'avoir lieu sur le territoire d'un pays tiers, la Commission peut y organiser l'entretien après avoir obtenu l'accord préalable de ce pays<sup>279</sup>. Ensuite, si une inspection doit être menée sur une entreprise dans un pays tiers, la Commission doit informer officiellement le pays tiers, et si celui-ci n'émet aucune objection, la Commission peut y examiner les informations qu'elle juge

---

<sup>278</sup> Xueji SU, "A Critical Analysis of the EU's Eclectic Foreign Subsidies Regulation: Can the Level Playing Field Be Achieved?", *op. cit.*

<sup>279</sup> Article 13.7 b) du *Règlement*.

nécessaires<sup>280</sup> sans être obligée de demander l'accord de l'entreprise<sup>281</sup>. Enfin, conformément à l'article 37 du même règlement, la Commission peut « engager un dialogue » avec un pays tiers lorsqu'elle soupçonne l'existence d'une subvention accordée par ce pays. Ce dialogue a pour but de trouver une solution avec le pays tiers pour qu'elle cesse ou modifie la subvention octroyée<sup>282</sup>. Or, il est hors question que les mesures provisoires ou réparatrices prises par la Commission soient empêchées par le dialogue et celles-ci ne seront même pas abordées<sup>283</sup> dans le dialogue afin d'éviter la pression exercée par le pays tiers. Si les dispositions n'ont pas bien fonctionné dans le pays tiers, la Commission peut prendre une décision sur la base de données dont elle dispose<sup>284</sup>, laissant sous-entendre que les conséquences négatives du défaut de coopération doivent être supportées par l'entreprise.

**Appréciation** - Est ici manifeste la volonté de l'UE de réduire la plus d'entraves possibles à l'application du *Règlement* en dehors de son territoire. S'il est simplement impossible, selon le principe de souveraineté<sup>285</sup>, de mener des enquêtes sur le territoire d'un autre pays sans l'accord de ce dernier, le Règlement a dispensé la Commission de tout autre obstacle comme l'accord de l'entreprise établie dans le pays tiers. En plus, si le législateur européen semble avoir adopté une approche fondée sur la coopération en optant pour un mécanisme de dialogue, il conviendrait de souligner que ce mécanisme n'est que subsidiaire et non obligatoire, d'autant plus qu'aucune concession n'est censée être faite quant aux mesures unilatérales prises par la Commission.

Ainsi, avec les dispositions procédurales ci-dessus, le *Règlement* met en place tout ce qui est possible pour assurer une application extra-territoriale efficace.

## **Paragraphe 2 : La limite de la mesure unilatérale**

---

<sup>280</sup> Article 15 du *Règlement*.

<sup>281</sup> L'article 15 du Règlement prévoit seulement que la Commission « peut » demander à l'entreprise ou à l'association d'entreprises de donner son accord à l'inspection. Voir Alain ALEXIS, "The control of foreign subsidies distorting the internal market: The main amendments introduced by the co-legislators", *op. cit.*

<sup>282</sup> Article 37.1 du *Règlement*.

<sup>283</sup> Article 37.2 du *Règlement*.

<sup>284</sup> Article 13.4 c) du *Règlement*.

<sup>285</sup> Denis ALLAND, *Manuel de droit international public*, PUF, 10e éd., 2023, pp. 45-46.

**Difficulté de collecter des informations** - Pourtant, une telle mesure unilatérale connaîtra inévitablement des limites. L'octroi de subventions relevant de la souveraineté des États, il est envisageable que de nombreux pays tiers résisteront à toute tentative de les soumettre à la compétence de la Commission<sup>286</sup>. Il convient de noter que sans fondement conventionnel<sup>287</sup> et en absence d'une violation de *jus cogens*<sup>288</sup>, l'État n'est pas tenu par l'obligation de coopérer. Ainsi, un pays tiers peut refuser de donner son contentement à la demande de renseignement ou à la demande d'investigation sur son territoire par la Commission<sup>289</sup>. En cas de résistance de la part de l'entreprise qui fait l'objet de l'enquête, même si le pays ne s'oppose pas formellement à une inspection sur son territoire, il serait encore difficile pour la Commission de bénéficier de l'assistance policière pour des raisons juridiques ou politiques<sup>290</sup>, ce qui contraste avec l'obligation des États membre de l'UE de prêter l'assistance nécessaire<sup>291</sup>. Si la Commission se contente des informations existantes pour rendre sa décision, il est fort possible que les effets de distorsion ne soient pas proprement appréciés. Une telle conséquence risquera de dévier de l'objectif initial du *Règlement*.

Dans une autre hypothèse, le pays tiers peut interdire à l'entreprise de révéler à la Commission des informations essentielles sur l'octroi des subventions. D'un point de vue économique, si le montant des subventions, dont bénéficie l'entreprise opérant dans le marché intérieur, est supérieur à celui des amendes ou astreintes pour défaut de coopération, la force dissuasive de ces sanctions risque d'être réduite.

**Difficulté d'exécution de certaines mesures réparatrices** - L'exécution de quelques mesures réparatrices peut aussi paraître difficile. C'est surtout le cas du remboursement de la subvention susceptible de fausser le marché intérieur. Adopté comme une mesure réparatrice ou proposé par l'entreprise comme un engagement, le remboursement est rarement transparent et vérifiable, et la

---

<sup>286</sup> Jan BLOCKX, "The proposal for an EU Regulation on foreign subsidies distorting the internal market: how will it impact corporate mergers and acquisitions?", *op. cit.*

<sup>287</sup> Voir par exemple Conseil de droit de l'homme, *Le renforcement de la coopération internationale dans le domaine des droits de l'homme*, le 6 janvier 2011, A/HRC/AC/6/CRP.4

<sup>288</sup> Voir par exemple Pierrot Damien Massi LOMBAT, « Les sources et fondements de l'obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale », *Revue québécoise de droit international* vol. 27, no. 1, 2014, pp. 113-141.

<sup>289</sup> Jan BLOCKX, "The proposal for an EU Regulation on foreign subsidies distorting the internal market: how will it impact corporate mergers and acquisitions?", *op. cit.*

<sup>290</sup> Alain ALEXIS, "The control of foreign subsidies distorting the internal market: The main amendments introduced by the co-legislators", *op. cit.*

<sup>291</sup> Article 14.6 du *Règlement*.

Commission n'a pas de droit d'exiger un pays tiers souverain de récupérer la somme prêtée<sup>292</sup>. En outre, la publication des résultats de la recherche et du développement peut, lorsqu'il s'agit des informations confidentielles, risque de constituer une violation du droit interne d'un pays tiers, par exemple une loi de blocage<sup>293</sup>. Par conséquent, lorsque l'une de ces mesures est censées remédier le mieux à la distorsion causée par la subvention dans le marché intérieur, la Commission serait contrainte à se contenter de mesures réparatrices ou engagements moins sévères, ce qui compromettrait encore l'efficacité du *Règlement*.

**Conclusion** - Ainsi, il est bien prévisible que l'application extra-territoriale du *Règlement* européen butera sur la souveraineté des pays tiers. Paradoxalement, le fonctionnement efficace du *Règlement* nécessite la coopération avec ces pays qui n'en ont pas l'intention. L'ambition du législateur européen d'appréhender les distorsions et de les réparer pleinement sera contrée tant dans la collecte d'informations que dans l'exécution de mesures réparatrices à l'extérieur de l'UE.

---

<sup>292</sup> Marios TOKAS, "Playing the Game: The EU's Proposed Regulation on Foreign Subsidies", *op. cit.*

<sup>293</sup> Hantao DING, "The Implementation Mechanism of Blocking Law and its Implementation in China", *Global Law Review* vol. 44, no.2, 2022, pp.176-192 [en chinois].

## CONCLUSION GÉNÉRALE

« L'objectif du règlement sur les subventions étrangères est de corriger un déséquilibre : alors que nous examinons les aides d'État dans l'UE, les subventions accordées par des pays non membres de l'UE à des entreprises exerçant des activités en Europe n'ont pas fait l'objet d'un contrôle. Le règlement sur les subventions étrangères a été adopté pour créer des conditions de concurrence équitables entre les entreprises soumises au régime des aides d'État et celles qui ne le sont pas. »<sup>294</sup> Ces propos de la commissaire Vestager semble bien résumer, au moins en partie, les considérations qui constituent le fil conducteur dans la conception du *Règlement*. C'est pour corriger cet « déséquilibre » concurrentiel qu'est mis en place un mécanisme en vue d'un meilleur traitement des aides publiques de pays tiers.

Le *Règlement* reste fidèle au droit européen de la concurrence en y puisant des notions comme celle d'entreprise, et des techniques comme l'imputation d'une subvention à l'État pour appréhender les subventions sous différentes formes, et le critère d'effet qualifié pour justifier une application extra-territoriale. C'est cette cohérence avec de nombreuses règles bien établies qui permet au nouveau *Règlement* d'avoir un large champ d'application.

Mais le *Règlement* a aussi ses innovations en matière du traitement des effets de distorsion dans le marché intérieur. Il se différencie du formalisme caractéristique du contrôle des aides d'État en optant pour une vraie analyse économique et au cas par cas. Si l'égalité des conditions entre concurrents reste son souci central comme en droit des aides d'État, le nouveau mécanisme semble doter la notion de distorsion d'une autre dimension, celle du marché concurrentiel. Avec des mesures réparatrices et des engagements inspirés du droit des pratiques anticoncurrentielles, tout cela manifeste bien la volonté du législateur européen d'instaurer une méthode plus affinée et plus adaptée à traiter les distorsions de natures différentes dans des situations variées.

Or, le nouveau mécanisme a un autre objectif, celui de mieux servir la stratégie industrielle de l'UE, qui consiste à maintenir la capacité et la compétitivité de l'industrie européenne dans les secteurs critiques et stratégiques. Partant, le *Règlement* doit être vu comme un outil unilatéral de protection des entreprises européennes de même qu'un outil de contrôle des investissements étrangers, qui risquent de s'approcher du protectionnisme et de manquer ainsi à des obligations multilatérales et bilatérales de l'UE en droit international économique, notamment le respect du principe de traitement national ainsi que le traitement de la nation la plus favorisée. Les

---

<sup>294</sup> Keynote of EVP Vestager for the Concurrences Conference on the Foreign Subsidies Regulation: "Foreign Subsidies - a piece in the geopolitical puzzle", préc.

difficultés d'application d'une telle mesure unilatérale et exigeante tant au niveau de l'UE qu'à l'extérieur de l'UE compromettra inévitablement son efficacité.

Enfin, dans un contexte de tensions et de conflits géo-économiques, une mesure unilatérale, souvent perçue comme un signal politique<sup>295</sup>, risquerait davantage de provoquer des vagues de réactions violentes de la part des pays tiers, ce qui accroîtrait des incertitudes quant à savoir si le nouveau règlement serait en mesure d'atteindre son objectif. Il serait alors nécessaire, quoique difficile, d'établir un véritable mécanisme multilatéral et complet en matière de subventions pour un meilleur encadrement de celles-ci.

---

<sup>295</sup> Jakub KOCIUBIŃSKI, "The Proposed Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: The Way Forward or Dead End?", *op. cit.*

## BIBLIOGRAPHIE

### A. ACTES LÉGISLATIFS

#### *Accords internationaux multilatéraux*

Accord SMC

AGCS

#### *Accords internationaux bilatéraux*

AECG

Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Singapour, d'autre part

Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République socialiste du Viêt Nam, d'autre part

#### *Droit primaire de l'UE*

TFUE

#### *Droit dérivé de l'UE*

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, pp. 1-8.

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. 1-78.

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. 55-91.

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 79I du 21.3.2019, pp. 1-14.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, le 5 mai 2021, {SEC(2021) 182 final} - {SWD(2021) 99 final} - {SWD(2021) 100 final}.

Règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, JO L 330 du 23.12.2022, p. 1-45.

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, OJ L 177, 12.7.2023, p. 1-44.

## **B. JURISPRUDENCE, SENTENCES ARBITRALES ET DÉCISIONS**

### ***Jurisprudence de la Cour européenne***

CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) c/ Commission*, aff. 48/69, EU:C:1972:70.

CJCE, 6 mars 1974, *Commercial Solvents*, aff. jtes 6/73 et 7/73, EU:C:1974:1.

CJCE, 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig*, aff. C-78/76, ECLI: ECLI:EU:C:1977:52.

CJCE, 12 juillet 1984, *Hydrotherm*, aff. 170/83, ECLI:EU:C:1984:271.

CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, aff. C-41/90, EU:C:1991:161.

CJCE 14 janv. 1997, *Espagne c./Commission*, aff. C-169/95, ECLI:EU:C:1997:10.

CJCE, 2 février 1998, *Van der Kooy*, aff. jtes C-67, 68 et 70/85, ECLI:EU:C:1998:38.

CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96, EU:C:1998:303.

CJCE, 25 mars 1999, *Gencor c/ Commission*, aff. T-102/96, ECLI: ECLI:EU:T:1999:65.

CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, aff. jtes C 180/98 à C 184/98, ECLI:EU:C:2000:428.

CJCE, 16 mai 2002, *France c/ Commission*, aff. C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294.

CJCE, 3 juillet 2003, *Belgique c/ Commission*, aff. C-457/00, ECLI:EU:C:2003:387.

CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-372/97, ECLI:EU:C:2004:234.

CJCE, 29 avril 2004, *Italie c/ Commission*, aff. C-298/00 P, ECLI:EU:C:2004:240.

CJCE, 1er juillet 2008, *MOTOE*, aff. C 49/07, ECLI:EU:C:2008:376.

CJCE, 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati c/ Commission*, aff. C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191.

CJUE, 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV c/ Commission*, aff. C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536

CJUE, 9 mars 2011, *ArcelorMittal Luxembourg c/ Commission européenne et Commission c/ ArcelorMittal Luxembourg e.a.*, aff. jtes C-201/09 P et C-216/09 P, ECLI:EU:C:2010:634.

CJUE, 21 juin 2012, *BNP Paribas et BNL c/ Commission*, aff. C-452/10 P, ECLI:EU:C:2012:366.

CJUE, 13 décembre 2012, *Alliance One International c/ Commission*, aff. C-593/11 P, ECLI:EU:C:2012:804.

CJUE, 6 septembre 2017, *Intel Corp. c/ Commission*, aff. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632.

CJUE, 7 novembre 2019, *Aanbestedingskalender BV e.a. c/ Commission*, aff. C-687/17, ECLI:EU:C:2019:932.

CJUE, 22 septembre 2020, *Autriche c/ Commission*, aff. C-594/18 P, ECLI:EU:C:2020:742.

CJUE, 25 novembre 2020, *Commission européenne c/ GEA Group AG*, aff. C-823/18 P, EU:C:2020:955.

### ***Jurisprudence du Tribunal européen***

TPICE, 4 avril 2001, *Regione autonoma Friuli Venezia Giulia c/ Commission*, aff. T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115.

TPICE, 14 décembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG c/ Commission*, aff. jtes T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, ECLI:EU:T:2006:396.

Trib. UE, 27 février 2013, *Nitrogénmuvek Vegyipari c/ Commission*, aff. T-387/11, ECLI:EU:T:2013:98.

Trib. UE, 13 décembre 2017, *Grèce c/ Commission*, aff. T-314/15, ECLI:EU:T:2017:903.

### ***Jurisprudence de l'OMC***

*Argentine - Services financiers*, Rapport de l'Organe d'appel

*CE - Bananes III*, Rapport de l'Organe d'appel

*CE - Produits dérivés du phoque*, Rapport de l'Organe d'appel

*Corée - Navires de commerce* - Rapport du Groupe spécial

*États-Unis - Cigarettes aux clous de girofle*, Rapport de l'Organe d'appel

*États-Unis - Acier au carbone (Inde)* - Rapport de l'Organe d'appel

*États-Unis - Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, Rapport de l'Organe d'appel

*États-Unis - Droits antidumping et compensateurs (Chine)* - Rapport de l'Organe d'appel

*États-Unis - Mesures tarifaires (Chine)*, Rapport du Groupe spécial

*UE - Paquet législatif pour l'énergie*, Rapport du Groupe spécial

### ***Sentences de tribunaux d'arbitrage internationaux***

*S D Myers Inc c/ Canada*, ALENA, sentence partielle (13 novembre 2000)

*Marvin Roy Feldman Karpa c/ United Mexican States*, CIRDI, aff. ARB(AF)/99/1, sentence (16 décembre 2002)

*GAMI Investments c/ Mexique*, UNCITRAL, sentence finale (15 novembre 2004)

### ***Décisions de la Commission européenne***

Commission européenne, 5 mai 2008, aff. COMP/M.4956 - *STX/Aker Yards*.

Commission européenne, 31 août 2010, aff. COMP/M.5943, *Abu Dhabi Mar/ThyssenKrupp Marine Systems*.

### **C. ARTICLES DE DICTIONNAIRE ET D'ENCYCLOPÉDIE**

« Distorsion », *Glossaire de l'OMC*, [https://www.wto.org/french/thewto\\_f/glossary\\_f/glossary\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/glossary_f.htm)

Linda ARCELIN, « Entreprise », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 12245.

Marie CARTAPANIS, « Engagements (pratiques anticoncurrentielles) », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 12301.

Étienne CHANTREL, « Efficience économique », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 86411.

Lise DAMELET, « Règlement européen relatif aux subventions étrangères », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 107803.

Jacques DERENNE, « Aide d'État (notion) », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 86434.

Natasha TARDIF, Marc LEVY et Audrey AUGUSTO, « Restrictions caractérisées », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 12359.

Aurélie ZOUDE-LE-BERRE, « Compétence », *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, Art. N° 85895.

### **D. OUVRAGES ET MANUELS**

#### ***Ouvrages***

Luca RUBINI, *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2009.

#### ***Manuels***

Denis ALLAND, *Manuel de droit international public*, PUF, 10e éd., 2023

Hervé Ascensio, *Droit international économique*, PUF, 2e éd., 2020.

Régis BISMUTH, Dominique CARREAU, Andrea HAMANN et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, 6e éd., 2017

Luc DESAUNETTES-BARBERO et Étienne THOMAS, *Droit matériel européen des abus de position dominante. Textes et commentaires*, Bruylant, 2019.

Hervig HOFMANN and Claire MICHEAU eds., *State Aid Law of the European Union*, Oxford University Press, 2016.

Michaël KARPENSCHIF, *Manuel de droit européen des aides d'État*, Bruylant, 4e éd., 2021.

Nicolas PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 3e éd., 2020.

Louis VOGEL, *Droit européen des affaires*, Dalloz, 2e éd., 2019

## **E. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS**

Alain ALEXIS, “Foreign subsidy controls : The new European Commission proposal”, *Concurrences* N° 4-2021, Art. N° 102820, pp. 210-218.

Alain ALEXIS, “The control of foreign subsidies distorting the internal market: The main amendments introduced by the co-legislators”, *Concurrences* N° 1-2023, Art. N° 111303.

Ondrej BLAŽO, “A New Regime on Protection of Public Procurement against Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: Mighty Paladin or Giant on the Feet of Clay?”, *International and Comparative Law Review*, vol. 21, no. 2, 2021, pp. 138 - 161.

Jan BLOCKX, “The proposal for an EU Regulation on foreign subsidies distorting the internal market: how will it impact corporate mergers and acquisitions?”, *SSRN Scholarly Paper*, 5 October 2021, pp. 1-11, <https://papers.ssrn.com/abstract=3936624>

Victor CROCHET, Marcus GUSTAFSSON, “Lawful Remedy or Illegal Response? Resolving the Issue of Foreign Subsidization under WTO Law”, *World Trade Review*, Volume 20, Issue 3, July 2021, pp. 343-366.

Hantao DING, “The Implementation Mechanism of Blocking Law and its Implementation in China”, *Global Law Review* vol. 44, no.2, 2022, pp.176-192 [en chinois].

Ru DING, “Emerging International Investment Subsidy Rules: Analytical Framework and China’s Approach”, *Tsinghua University Law Journal*, vol. 16, no. 5, 2022, pp. 177-192 [en chinois].

Olivier D’ORMESSON, « Réflexions sur les objectifs du contrôle des aides d’État : Au-delà d’une concurrence loyale, un instrument de politique industrielle à l’échelle européenne », in Christophe LEMAIRE, Francesco MARTUCCI dir., *Laurence Idot : concurrence et Europe : liber amicorum - Volume 2*, Concurrences, 2022, pp. 21-40.

Pablo FIGUEROA and Julia M. BÖHME, “The Foreign Subsidies Regulation and Foreign Direct Investment: How to Reconcile?”, *Kluwer Competition Law Blog*, 9 January 2023, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/01/09/the-foreign-subsidies-regulation-and-foreign-direct-investment-how-to-reconcile/>

Hans W. FRIEDERISZICK, Lars-Hendrik RÖLLER and Vincent VEROUDEN, “European State Aide Control: An Economic Framework”, in Paolo BUCCIROSSI ed., *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press, 2008, pp. 625-669.

Bohua GONG, Siyuan YANG, “The Regulatory Path of Cross-Border Subsidies and China’s Response”, *International Economic Review*, 14 February 2023, <https://kns.cnki.net/kcms/detail//11.3799.f.20230210.1201.002.html> [en chinois].

Rebecca HALBACH, Emmanuelle ROGIEST, “The EU Foreign Subsidies Regulation - closing gaps or overriding established trade rules?”, in Lena HORNKOHL ed., *White Paper - How will the new EU Foreign Subsidies Regulation work?*, Wolters Kluwer, 2023, pp. 13-15.

Lena HORNKOHL, “Introduction”, in Lena HORNKOHL ed., *White Paper - How will the new EU Foreign Subsidies Regulation work?*, Wolters Kluwer, 2023, pp. 3-9.

Jianguo HU, Yujin CHEN, “EU Draft Regulation on Foreign Subsidies and Its WTO Compliance”, *Chinese Journal of European Studies*, Issue 5, 2021, pp. 84-110 [en chinois].

Gary HUFBAUER, Thomas MOLL and Luca RUBINI, “Investment Subsidies for Cross-Border M&A: Trends and Policy Implications”, United States Council Foundation Occasional Paper No. 2, April 2008.

Laurence IDOT, « Regards sur les “mutations” du droit des aides d’État », *Concurrences* N° 1-2010, Art. N° 30045, pp. 79-86.

Laurence IDOT, « Entrave et restriction de concurrence », in Loïc AZOULAÏ dir., *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, pp. 169-190.

Laurence IDOT, « Regards sur la modernisation du contrôle des aides », in Brunessen BERTRAND, Fabrice PICOD et Sébastien ROLAND dir., *L'identité du droit de l'Union européenne : Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Larcier, 2015, pp. 639-658.

Jakub KOCIUBIŃSKI, “The Proposed Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: The Way Forward or Dead End?”, *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)*, vol. 6, no. 1, 2022, pp. 56-68.

Régis LANNEAU, « Droit public économique - La neutralité concurrentielle, nouvelle boussole du droit (public) économique ? », *Droit Administratif* n° 1, Janvier 2016, étude 1.

Jaemin LEE, “State Responsibility and Government-Affiliated Entities in International Economic Law”, *Journal of World Trade* vol. 49, no.1, 2015, pp. 117-151.

Lan LI, Jun PENG, Celine CEN, Jern-Fei NG KC and Shiping LIAO, “National Treatment in International Investment Law”, in Barton LEGUM ed., *The Investment Treaty Arbitration Review*, 8th Edition, The Law Reviews, 2023, <https://thelawreviews.co.uk/title/the-investment-treaty-arbitration-review/national-treatment-in-international-investment-law>

Pierrot Damien Massi LOMBAT, « Les sources et fondements de l’obligation de coopérer avec la Cour pénale internationale », *Revue québécoise de droit international* vol. 27, no. 1, 2014, pp. 113-141.

Frank MAIER-RIGAUD and Benjamin LOERTSCHER, “Structural vs. Behavioral Remedies”, *CPI Antitrust Chronicle*, April 2020-I, [https://www.pymnts.com/cpi\\_posts/structural-vs-behavioral-remedies/](https://www.pymnts.com/cpi_posts/structural-vs-behavioral-remedies/)

Francesco MARTUCCI, « Dans quelle mesure un acte de droit dérivé de l’union est-il applicable aux entreprises de pays tiers ? quelques précisions juridiques sur le *brussels effect* », in Édouard DUBOUT, Francesco MARTUCCI, Fabrice PICOD dir., *L'extraterritorialité en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2021, pp. 191-223.

Jay MODRALL, “The EU Foreign Subsidies Regulation’s impact on M&A”, in Lena HORNKOHL ed., *White Paper - How will the new EU Foreign Subsidies Regulation work?*, Wolters Kluwer, 2023, pp. 10-12.

Till MÜLLER-IBOLD, “The Draft Foreign Subsidies Regulation - Relationship with other Union Instruments - Some Thoughts on Multilevel Enforcement and Duplication of Efforts”, *ZEuS* no. 3, 2022, pp. 431-441.

Jacqueline RIFFAULT-SILK, « Procédures négociées, actions en réparation de dommages résultant de pratiques anticoncurrentielles : conflit(s), ou synergie(s) ? », in Christophe LEMAIRE, Francesco MARTUCCI. dir., *Laurence Idot : concurrence et Europe : liber amicorum - Volume 2*, Concurrences, 2022, pp. 111-126.

Paul SEABRIGHT, « Une approche économique plus fine des aides d'état ? le plan d'action de la commission », *RLC*, N° 8, 2006.

Thibault SIRE, “The uneven playing field: How to deal with foreign subsidies when assessing mergers?”, *Concurrences* N° 1-2022, Art. n° 105256, pp. 54-62.

Ulrich SOLTÉSZ, “Be Careful What You Wish For... The Foreign Subsidies Regulation Triggers Buyer’s Remorse”, *Kluwer Competition Law Blog*, 20 March 2023, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/03/20/be-careful-what-you-wish-for-the-foreign-subsidies-regulation-triggers-buyers-remorse/>

Xueji SU, “A Critical Analysis of the EU’s Eclectic Foreign Subsidies Regulation: Can the Level Playing Field Be Achieved?”, *Legal Issues of Economic Integration* vol. 50, no. 1, 2023, pp. 67-92.

Marios TOKAS, “Playing the Game: The EU’s Proposed Regulation on Foreign Subsidies”, *Journal of World Trade* vol. 56, no. 5, 2022, pp. 779-802.

Raphaël VUITTON, « Réforme : Le Conseil européen souhaite que les procédures en matière d'aides d'État soient plus simples, plus rapides et plus prévisibles, afin de renforcer la compétitivité et la souveraineté de l'Union », *Concurrences* N° 2-2023, Art. N° 112329, pp. 113-114.

Bin YE, “A Comment on EU’s White Paper on Foreign Subsidies: Its Implications to Foreign Investment Protection”, *Chinese Review of International Law*, issue 6, 2020, pp. 70-85 [en chinois].

## **F. THÈSES ET MÉMOIRES**

Ru DING, *The “Public Body Issue” in the WTO: Proposing a Comparative Approach to International Issues on State-Owned Enterprises (SOES)*, doctoral thesis, Georgetown University Law Center, 2018.

## **G. RAPPORTS, COMMUNICATIONS ET AUTRES DOCUMENT OFFICIELS (PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE)**

### ***Institutions européennes***

Communication de la Commission sur la notion d'entreprises concernées au sens du règlement n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (98/C 66/03), le 2 mars 1998.

European Commission, *Discussion on Corporate Governance and the Principle of Competitive Neutrality for State-owned Enterprises*, 28 September 2009, DAF/COMP/WP3/WD(2009)57, paras. 8-13.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État », le 8 mai 2012, COM/2012/0209 final.

Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Enforcement, note by the European Union, 16-18 June 2015, DAF/COMP/WD(2015)31.

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 (2016/C 262/01), le 19 juillet 2016.

Commission européenne, Communiqué de presse, « La Commission européenne présente une approche globale de la modernisation de l'Organisation mondiale du commerce », 18 septembre 2018, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_18\\_5786](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_5786)

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions EMPTU, « L'heure de l'Europe: réparer les dommages et préparer l'avenir pour la prochaine génération », le 11 décembre 2019, COM/2020/456 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Une nouvelle stratégie industrielle pour l'Europe », le 10 mars 2020, COM/2020/102 final.

Commission européenne, Communiqué de presse, « Rapport sur la défense commerciale : rétablir des conditions de concurrence équitables pour les producteurs européens », le 4 mai 2020, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_20\\_780](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_780)

Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, le 17 juin 2020, COM/2020/253 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions EMPTU, « Réexamen de la politique commerciale - Une politique commerciale ouverte, durable et ferme », le 18 février 2021, COM/2021/66 final.

Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market, 5 May 2021, {COM(2021) 223 final} - {SEC(2021) 182 final} - {SWD(2021) 100 final}.

Conseil de l'UE, Communiqué de presse, « Subventions étrangères faussant le marché intérieur : accord politique provisoire entre le Conseil et le Parlement européen », le 30 juin 2022, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/06/30/foreign-subsidies-regulation-political-agreement/>

Conseil de l'Union Européenne, Communiqué de presse, « Le Conseil approuve définitivement la lutte contre les subventions étrangères générant des distorsions dans le marché intérieur », 28 novembre 2022, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/11/28/council-gives-final-approval-to-tackling-distortive-foreign-subsidies-on-the-internal-market/>

Commission européenne, Communiqué de presse, « Règlement relatif aux subventions étrangères : entrée en vigueur des règles visant à garantir des marchés de l'UE équitables et ouverts », 12 janvier 2023, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_23\\_129](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_23_129)

Keynote of EVP Vestager for the Concurrences Conference on the Foreign Subsidies Regulation: "Foreign Subsidies - a piece in the geopolitical puzzle", 6 March 2023, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/SPEECH\\_23\\_1503](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/SPEECH_23_1503)

### ***Autres organisations internationales***

OMC, *Comprendre l'OMC*, 3e éd., 2005.

OMC, Présentation de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (“Accord SMC”), [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/scm\\_f/subs\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/scm_f/subs_f.htm)

Conseil de droit de l’homme, *Le renforcement de la coopération internationale dans le domaine des droits de l’homme*, le 6 janvier 2011, A/HRC/AC/6/CRP.4.

OCDE, *Competitive Neutrality - A Compendium of OECD Recommendations, Guidelines and Best Practices*, 2012.

*SCM Agreement - Article 2 (DS reports)*, WTO Analytical Index, June 2023.

### ***Gouvernements***

Non-paper - Strengthening the level playing field on the internal market, 9 December 2019, <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2019/12/09/non-paper-on-level-playing-field>

Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union, 14 January 2020, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/january/joint-statement-trilateral-meeting-trade-ministers-japan-united-states-and-european-union>

## **H. AUTRES**

Dafydd ab Iago, “EU mulls tougher stance on foreign investments”, *argus*, 17 June 2020, <https://www.argusmedia.com/en/news/2115229-eu-mulls-tougher-stance-on-foreign-investments>

CCCEU Statement on EC proposal for regulation on foreign subsidies, 6 May 2021, [http://en.ccceu.eu/2021-05/07/c\\_1432.htm](http://en.ccceu.eu/2021-05/07/c_1432.htm)

Nathalie STEIWER, « L'Allemagne relance la pompe à subvention pour sa transformation énergétique », *Les Échos*, le 9 août 2023, <https://www.lesechos.fr/monde/europe/lallemagne-relance-la-pompe-a-subvention-pour-sa-transformation-energetique-1969138>

## TABLE DE MATIÈRES

<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE.....</b>	<b>1</b>
Section 1 : Le contexte économique et politique .....	2
Section 2 : Le contexte juridique.....	4
<b>PARTIE I : LA MISE EN PLACE D’UN MÉCANISME POUR GARANTIR LES CONDITIONS DE CONCURRENCE ÉQUITABLES .....</b>	<b>7</b>
<b>Chapitre 1 : Un champ d’application élargi .....</b>	<b>7</b>
Section 1 : Le champ d’application ratione personae.....	7
Paragraphe 1 : L’unité économique .....	8
Paragraphe 2 : L’activité économique .....	10
Section 2 : Le champ d’application ratione materiae .....	12
Paragraphe 1 : La diversité des formes de contributions financières .....	13
A. Les formes de subventions selon le texte .....	13
B. Les formes de subventions selon la jurisprudence.....	14
Paragraphe 2 : La diversité des provenances des contributions financières.....	15
A. Contributions octroyées par des entités publiques autres que le gouvernement .....	15
B. Contributions octroyées par des entités privées.....	17
Section 3 : Le champ d’application ratione loci.....	18
Paragraphe 1 : La mise en œuvre de la notion d’unité économique.....	19
Paragraphe 2 : Le critère de l’effet qualifié .....	19
<b>Chapitre 2 : Un traitement amélioré des distorsions dans le marché intérieur.....</b>	<b>20</b>
Section 1 : Une approche affinée dans l’appréciation des distorsions .....	21
Paragraphe 1 : Le dépassement du formalisme .....	22
A. Le traitement des distorsions dans le contrôle des aides d’État.....	22
B. Le traitement des distorsions prévu par le Règlement .....	24
Paragraphe 2 : Les deux sens de la notion de distorsion selon le Règlement.....	25
A. Inégalité entre concurrents.....	26
B. Atteinte au marché concurrentiel .....	28
Section 2 : Une approche composite dans la réparation des distorsions .....	30

Paragraphe 1 : Les engagements et mesures réparatrices .....	30
Paragraphe 2 : Les sanctions pour défaut de coopération .....	31
<b>PARTIE II : LA MISE EN QUESTION DU MÉCANISME POUR GARANTIR LES CONDITIONS DE CONCURRENCE ÉQUITABLES .....</b>	<b>34</b>
<b>Chapitre 1 : La légalité douteuse de la mise en place du Règlement.....</b>	<b>34</b>
Section 1 : La légalité du mécanisme au regard du droit de l'OMC .....	35
Paragraphe 1 : La conformité du Règlement à l'Accord SMC.....	35
A. La caractérisation difficile d'une subvention au sens de l'Accord SMC .....	35
B. L'application cohérente du Règlement avec l'Accord SMC.....	37
Paragraphe 2 : La conformité du Règlement à l'AGCS .....	38
A. Traitement de la nation la plus favorisée .....	39
B. Traitement national .....	41
Section 2 : La légalité du mécanisme au regard du droit des investissements internationaux	43
Paragraphe 1 : Le Règlement comme outil de contrôle des investissements étrangers ....	43
A. La complémentarité du Règlement par rapport au règlement sur le filtrage des IDE ..	44
B. La similarité entre le Règlement et le règlement sur le filtrage des IDE .....	45
Paragraphe 2 : La question du traitement discriminatoire .....	46
A. La violation du principe du traitement national.....	46
B. L'inapplicabilité des exceptions au principe du traitement national.....	48
<b>Chapitre 2 : L'efficacité limitée de l'application du Règlement.....</b>	<b>49</b>
Section 1 : La difficulté d'application au sein de l'UE .....	50
Paragraphe 1 : Une procédure de contrôle exigeante pour les entreprises .....	50
Paragraphe 2 : Une procédure de contrôle accablante pour la Commission .....	52
Section 2 : La difficulté d'application en dehors de l'UE .....	54
Paragraphe 1 : Le cadre d'une mesure unilatérale.....	54
Paragraphe 2 : La limite de la mesure unilatérale .....	55
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>58</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>60</b>
<b>TABLE DE MATIÈRES .....</b>	<b>72</b>