



BANQUE DES MÉMOIRES

Université Paris 2 Panthéon-Assas

Master 2 Droit et Contentieux de l'Union européenne, parcours « *Économie* » dirigé par le
Professeur Agrégé des Universités Fabrice Picod

Mémoire de recherche

L'articulation entre le règlement relatif aux subventions étrangères et le contrôle des concentrations

Liora Elfassy

Sous la direction du Professeur Agrégé des Universités Francesco Martucci

Le 3 juin 2024.

Engagements.

Opinion. *« La Faculté n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».*

Non-plagiat. Je soussignée, Liora Elfassy, étudiante du Master 2 Droit et Contentieux de l’Union européenne, déclare être consciente que le plagiat d’un document ou d’une partie d’un document publié sur toutes les formes existantes de support, y compris sur Internet, constitue une violation des droits d’auteur ainsi qu’une fraude caractérisée. En conséquence, je m’engage à citer explicitement, à chaque fois que j’en fais usage, toutes les sources que j’ai utilisées pour écrire ce mémoire.

Remerciements.

À mon grand-père Albert Elfassy.

Je tiens sincèrement à remercier le Professeur Francesco Martucci pour m'avoir donné la possibilité d'écrire un mémoire sous sa direction, et ce, en parallèle de mon stage de fin d'études au sein du cabinet d'avocats Tactics. Il était d'autant plus cohérent de choisir le Professeur, puisqu'il est spécialisé en droit économique européen et qu'il a dirigé mon *paper* sur les *killers acquisitions* l'an dernier en collaboration avec Jean-Baptiste Roche.

De la même façon, j'aimerais remercier Me Julia Bombardier ainsi que Louise Miaux pour leur confiance et la qualité des missions qui m'ont été confiées durant ce stage, et pour m'avoir permis l'organisation nécessaire au travail concomitant de mon mémoire.

Principales abréviations.

ADLC	Autorité française de la concurrence
ANC	Autorité nationale de concurrence
ASCM	Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires
CA	Chiffre d'affaires
CCCEU	China Chamber of Commerce to the European Union
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
ECA	European Competition Authorities
EUMR	EU merger regulation ou règlement européen sur les concentrations (n°139/2004)
EUMR exéc.	Règlement d'exécution (n°2023/914) du règlement sur les concentrations
FDI	Foreign direct investments regulation ou règlement sur le filtrage des investissements étrangers (n°2019/452)
FSR	Foreign subsidies regulation ou règlement relatif aux subventions étrangères (n°2022/2560)
FSR exéc.	Règlement d'exécution (n°2023/1441) du règlement relatif aux subventions étrangères
ICN	International Competition Network
M&A	Mergers & Acquisitions (référence aux opérations de fusions-acquisitions, y compris la création d'entreprises communes dans le cadre du FSR)
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne

Sommaire.

INTRODUCTION.

PREMIÈRE PARTIE : Le règlement relatif aux subventions étrangères, un instrument empruntant au contrôle des concentrations en s'abstenant de le dupliquer.

CHAPITRE 1 : La conception d'un instrument doté de l'ossature du règlement relatif aux concentrations et poursuivant une aspiration distincte.

SECTION 1 : L'élaboration d'un instrument ingénieux se calquant stratégiquement sur le règlement n°139/2004.

SECTION 2 : La singularité d'un outil novateur au service d'un dessein géopolitique

CHAPITRE 2 : L'insertion de divergences techniques notables permettant de s'interroger sur l'articulation des deux règlements.

SECTION 1 : Les quelques amphibologies du règlement n°139/2004, palliées par le règlement n°2022/2560.

SECTION 2 : La protection des entreprises, à la fois renforcée et assortie d'imprécisions supplémentaires.

SECONDE PARTIE : L'adjonction hasardeuse d'une strate supplémentaire au contrôle des concentrations.

CHAPITRE 1 : La nébulosité de certaines notions engendrant des insécurités juridiques.

SECTION 1 : Le dédoublement lexical et conceptuel de la notion de subvention étrangère.

SECTION 2 : La complexité entachant la démonstration d'une distorsion dans le marché intérieur.

CHAPITRE 2 : La mise en place d'une procédure additionnelle à l'origine de difficultés tangibles pour les autorités ainsi que pour les entreprises.

SECTION 1 : Les charges administratives et financières supplémentaires dans les opérations de concentrations subventionnées.

SECTION 2 : Le risque de multiplication des enquêtes par les autorités de concurrence.

CONCLUSION.

BIBLIOGRAPHIE.

TABLE DES MATIÈRES.

INTRODUCTION

À l'intérieur de l'Union européenne, les traités fondateurs garantissent une économie sociale de marché ouverte et hautement compétitive (TUE, article 3(3)), où la concurrence est libre et non faussée (TFUE, protocole n°27) et pourtant des dangers subsistent. L'ouverture du marché intérieur au reste du monde permet à des subventions étrangères non réglementées de s'immiscer en affectant les prix et les conditions de marché¹. En février 2017, Carlo CALENDIA, Brigitte ZYPRIES et Michel SAPIN écrivent conjointement à la Commission européenne pour l'alerter de ce phénomène². Après avoir rappelé que la liberté d'investissement constitue un principe central de l'Union, et que cette dernière est fière d'attirer sur son territoire des entreprises étrangères prêtes à contribuer au développement de l'innovation, de la production et de l'emploi en Europe, les ministres ont attiré l'attention de Cecilia MALMSTRÖM sur l'inégalité des conditions de concurrence avec les investisseurs étrangers. Ceux-ci acquièrent de plus en plus d'entreprises européennes aux technologies de pointes pour des raisons stratégiques, tout en bénéficiant de droits différents et plus avantageux que les investisseurs européens. Les États membres craignent donc un manque de réciprocité ainsi qu'une liquidation de l'expertise européenne. Dès le mois de juillet, le Parlement européen adoptait une résolution en insistant sur l'importance pour l'industrie de l'Union d'opérer dans un commerce international ouvert qui repose sur des règles communes et sur des conditions de concurrence équitables, et en invitant la Commission à prêter attention au rôle des entreprises étrangères subventionnées par des gouvernements d'États tiers selon des méthodes que le droit européen interdit aux entreprises européennes³. Margrethe VESTAGER déclarait ainsi que :

¹ J. KÜHLING, P. REINHOLD, T. WECK, *State Capitalism and Level Playing Field: The Need for a 'Third-Country State Aid Instrument' to Restore a Level Playing Field in the EU's Internal Market*, EStAL 4/2020, (pages 404 et 410).

² Lettre à Ms C. MALMSTRÖM de l'Allemagne, la France et l'Italie, Février 2017.

³ Parlement européen, Résolution P8_TA(2017)0305 du 5 juillet 2017 sur l'élaboration d'une stratégie industrielle ambitieuse de l'Union européenne en tant que priorité stratégique pour la croissance, l'emploi et l'innovation en Europe, ((2017/2732(RSP)), (JO C334/124, 19.9.2018).

« *One of the oldest rules we have is that we don't allow subsidies which harm fair competition. For more than sixty years, our State aid rules have made sure that aid from European governments doesn't undermine fair competition on our market. But until now, companies have been free to use foreign subsidies to buy up businesses here in Europe (...) we want every company that operates in Europe, no matter where it comes from, to respect the house rules (...) Because, if our openness is to remain a strength, we must stay vigilant to ensure a fair competition for all companies operating in the European Union* »⁴ [nous soulignons].

L'Union européenne se trouvait dans une forme de paralysie face à la guerre commerciale mêlant l'émergence économique de la Chine et sa politique industrielle expansionniste ainsi que les restrictions liées au commerce imposées par les États-Unis, s'apparentant à un protectionnisme américain quasi agressif⁵. *De facto*, la Commission européenne a été guidée par le renforcement de la résilience et de la durabilité de l'économie européenne pour atteindre une autonomie stratégique compatible avec une économie ouverte au monde extérieur⁶. Ce concept d'autonomie stratégique peut être, lorsque cela apparaît nécessaire, mobilisé afin de créer de nouveaux instruments pour que l'Union européenne défende ses intérêts et ses valeurs au sein d'une concurrence internationale à la fois géostratégique et géoéconomique⁷. En fin de compte, l'autonomie stratégique c'est un aveu, une reconnaissance sincère de certaines vulnérabilités qui se trouvent au cœur du projet européen et une volonté politique d'y remédier⁸. Pour autant, la critique courante qui en est faite consiste à dire que ce n'est rien de plus qu'une fine couverture pour dissimuler un protectionnisme européen qui cherche à protéger ses concentrations⁹. Ne serait-ce pas, en fin de compte, une forme de protection contre le protectionnisme si l'intention est *in fine* de lutter contre les pratiques déloyales des pays tiers compromettant les avantages d'une économie ouverte ?¹⁰. Puisqu'il devient nécessaire d'agir contre les acquisitions orchestrées par des États tiers qui pourraient compromettre les intérêts stratégiques européens, les objectifs de sécurité publique, la compétitivité et l'emploi¹¹.

⁴ M. VESTAGER, Déclaration sur la proposition de la Commission d'adopter un nouveau règlement pour répondre aux distorsions causées par des subventions étrangères dans le marché intérieur, 05.2021.

⁵ V. DOMBROVSKIS, Déclaration au Comité ECON du Parlement européen sur la réaction de l'UE face à l'Inflation Réduction Act des États-Unis, Juillet 2023 :

« *Our concerns mostly relate to the protectionism enshrined in the IRA* » [nous soulignons].

⁶ C. LI, *The European Union's Open Strategic Autonomy: Strengthening Inward Foreign Direct Investment Controls*, *EurAmerica*, vol. 53 n°4, DOI: [https://doi.org/10.7015/JEAS.202312_53\(4\).0001](https://doi.org/10.7015/JEAS.202312_53(4).0001) (page 499)

⁷ *Ibid*, (page 493 et 500).

⁸ J. H. POHL, *Strategic autonomy as a means to counter protectionism*, *ERA Forum* volume 22, 2021, <https://doi.org/10.1007/s12027-021-00670-w>, (page 184).

⁹ *Ibid*, (page 184).

¹⁰ *Ibid*, (page 187).

¹¹ Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 sur l'état des relations entre l'Union européenne et la Chine (2017/2274(INI)), (JO, C 433/103, 23.12.2019), (page 9).

- **L'effet économique des concentrations subventionnées**

Dans leur étude sur les subventions publiques, Gerd SCHWARTS et Benedict CLEMENTS analyse l'effet économique des subventions en précisant que si sur le court terme elles ne génèrent pas des coûts budgétaires ni de charges importantes, sur le long terme elles résultent la plupart du temps par une allocation inefficace des ressources puisqu'elles mènent à la surproduction du bien subventionné, une baisse d'effort substantielle, un manque d'innovation et parfois même à des subventions inefficaces¹².

Dans un premier temps, les opérateurs qui bénéficient de subventions étrangères pourraient surenchérir les concentrations qui les intéressent, pour s'assurer de remporter le deal. Cependant, cette surenchère mènerait pour certains des concurrents à se faire évincer du processus d'acquisition, et pour d'autres à « *surpayer* » pour rester dans la course¹³. Les entreprises subventionnées bénéficient de contraintes budgétaires souples puisque les autorités publiques leur fournissent des financements à des taux inférieurs à ceux du marché ou soutiennent directement une acquisition par le biais d'une participation au capital, tandis que les entreprises non-subventionnées font face à des contraintes budgétaires sévères¹⁴. Certaines études estiment que la principale caractéristique des subventions visant les concentrations transfrontalières est qu'elles sont conçues pour encourager les entreprises à faire des offres plus élevées qu'elles ne le feraient autrement (les gouvernements réduisent le coût du capital par le biais de taux d'intérêt concessionnels sur les fonds empruntés, de garanties de prêt, d'une souscription publique d'actions à un prix gonflé ou encore par des garanties de taux de change et des allègements fiscaux)¹⁵.

Ensuite, à partir des travaux de Catherine LI qui a synthétisé les effets économiques des concentrations subventionnées, nous pouvons comprendre qu'il en découle plusieurs impacts négatifs¹⁶ : (1) sur l'efficacité macroéconomique puisque les entreprises non subventionnées sont dissuadées de participer à des concentrations systématiquement surenchérées et desquelles elles sont rapidement évincées ; (2) sur l'efficacité microéconomique, la productivité du capital qui a été subventionné finit par diminuer en raison d'une augmentation des actifs ; (3) sur le bien-être social puisqu'elles peuvent engendrer des réponses politiques strictes à l'égard des investissements étrangers, affectant la croissance économique et l'emploi ; (4) sur le bien-être des consommateurs car elles permettent plus facilement d'atteindre des positions dominantes

¹² G. SCHWARTZ, B. CLEMENTS, « *Government subsidies* », *Journal of Economic Surveys*, vol. 13 Issue n°2, 1999, (pages 129-130).

¹³ G. HUFBAUER, T. MOLL, L. RUBINI, *Investment Subsidies for Cross-Border M&A: Trends and Policy Implications*, *United States Council Foundation*, Occasional paper n°2, Avril 2008, (page 9).

¹⁴ Commission européenne, 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*, SWD(2021) 99 final, 5.5.2021.

¹⁵ Op. cit. G. HUFBAUER, T. MOLL, L. RUBINI, *Investment Subsidies for Cross-Border M&A: Trends and Policy Implications* (page 10).

¹⁶ Op. cit. C. LI, *The European Union's Open Strategic Autonomy: Strengthening Inward Foreign Direct Investment Controls* (pages 126-127).

sur certains marchés, facilitant la mise en place de prix prédateurs et autres pratiques anticoncurrentielles.

- **Analyse des principales lacunes du droit de l'Union européenne face aux subventions étrangères**

Dans le contrôle des concentrations, la Commission européenne applique les concepts d'« *unité économique unique* », de « *contrôle* » et d'« *influence décisive* » sans tenir compte du mode de détention du capital ou des règles de tutelle administrative afin de respecter le principe de non-discrimination entre les secteurs publics et privés (EUMR, article 22). En raison du manque de preuves et d'un manque de compréhension de la gouvernance de certaines entreprises d'État, la Commission ne parvient pas à établir les effets anticoncurrentiels potentiels découlant du contrôle par l'État des décisions commerciales de l'entreprise¹⁷. Par ailleurs, la proposition de règlement soulignait que les règles en droit des concentrations ne s'attachaient pas expressément à déterminer si les agissements d'une entreprise consistant, par exemple, en la fixation de prix anticoncurrentiels étaient la conséquence de subventions étrangères ou avaient été facilitées par ces dernières¹⁸. Les seuils du contrôle des concentrations ne sont pas adaptés pour lutter efficacement contre l'influence des États tiers sur le marché européen puisqu'ils ont une portée limitée¹⁹, qu'ils ne permettent pas à la Commission d'intervenir contre l'acquisition d'une entreprise européenne au seul motif que l'acquéreur a bénéficié d'une subvention étrangère²⁰. Nous verrons par ailleurs dans le **Chapitre 2** de la seconde partie que le règlement n°2019/452²¹ sur le filtrage des investissements étrangers ne permet pas d'aborder ni de répondre clairement les difficultés émanant des concentrations subventionnées par des pays tiers.

De la même façon, dans le droit de l'OMC, l'article 1.1 de l'ASMC définit les subventions étrangères par l'existence d'une contribution financière qui est principalement fournie dans le cadre de l'exercice direct des prérogatives publiques, ce qui pose des difficultés lorsqu'il est question de traiter des interventions étatiques dans les entreprises²². Cela s'ajoute au fait que

¹⁷ A. SVETLICINII, *The Interactions of Competition Law and Investment Law: The Case of Chinese State-Owned Enterprises and EU Merger Control Regime*, dans *Handbook of International Investment Law and Policy*. Springer, Singapore, 2019, https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_36-1 (pages 5 et 10).

¹⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, COM(2021) 223 final, 2021/0114 (COD), 5.5.2021 (page 57).

¹⁹ T. MÜLLER-IBOLD, *Der Einfluss Chinas auf die Wirtschaft – Konsequenzen für die europäische Wettbewerbs- und Außenhandelspolitik*, *ZEuS* 2/2020, DOI: 10.5771/1435-439X-2020-2-239, (pages 262-263).

²⁰ T. KÄSEBERG et S. GAPPA, *Systems Competition – China' Challenge to the Competition Order: Do we need new rules to protect a level playing field for competition with firms from non-EU countries?*, *Competition Policy International*, 2021, (page 4).

²¹ Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union (JO L 79 I du 21.3.2019, p. 1).

²² J. BLOCKX et P. MATTIOLO, *The Foreign Subsidies Regulation : Calling Foul While Upping the Ante?* *European Foreign Affairs Review*, Vol. 28, Special Issue, 2023, (pages 57-58).

l'ordre juridique du commerce international a été entravé par la paralysie de l'OMC induite par le refus des États-Unis de désigner de nouveaux membres au sein de l'Organe d'appel (ou de règlement des différends), et l'impasse dans laquelle se trouve la mise à jour de l'ASMC²³. Son champ d'application est limité aux biens, alors qu'une grande partie de l'activité économique relève désormais du secteur des services²⁴. Aussi, l'OMC avait publié une note d'information indiquant que le nombre de membres ayant manqué à leur obligation de notification avait considérablement augmenté²⁵, restreignant ainsi les informations sur le montant réel des subventions octroyées. Ni le droit de l'OMC, ni le règlement n°2016/1037²⁶ ne traitent des effets de distorsion potentiels des subventions accordées par les pays tiers, notamment sur les services, les investissements ou d'autres flux financiers au sein du marché intérieur²⁷. Enfin, le contrôle européen des aides d'État vise les aides accordées par les États membres, mais pas les subventions des pays tiers ni leurs effets sur la concurrence dans le marché intérieur²⁸.

- **Adoption du règlement relatif aux subventions étrangères**

Il était désormais question de mettre fin aux accusations de timidité et de naïveté visant l'Union européenne²⁹, laquelle avait été comparée à « *l'idiot du village global* » dans l'économie mondialisée d'aujourd'hui, devant l'Assemblée nationale³⁰. C'est dans ce contexte que le Conseil de l'Union européenne a déclaré en mars 2019 que la Commission européenne déterminerait avant la fin de l'année les moyens de combler les lacunes du droit de l'UE afin de pallier pleinement les effets de distorsion sur le marché unique induits par les subventions de pays tiers³¹.

²³ Ibid, (pages 64-65).

²⁴ P. FRITON, M. KLASSE, C. YUKINS, *The EU Foreign Subsidies Regulation: Implications For Public Procurement And Some Collateral Damage*, GW Law School Public Law and Legal Theory, Government Contractor vol. 65 n°11, Paper No. 2023-18 (pages 1-2).

²⁵ OMC, Note d'information du secrétariat sur les dispositions de l'ASMC en matière de notification, 2019, (G/SCM/W/546/Rev.10), (pages 3-4).

²⁶ Règlement (UE) n°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).

²⁷ I. VAN DAMME, *Understanding the Foreign Subsidies Regulation*, University of Bologna Review, vol. 9 Issue n°1, <https://doi.org/10.6092/issn.2531-6133/19378>, (page 2).

²⁸ Ibid, (page 2).

²⁹ E. CLAUDEL, *Territorialité vs extraterritorialité : les affres du champ d'application dans l'espace du droit européen de la concurrence*, dans F. MARTUCCI, E. DUBOUT, F. PICOD, L'extraterritorialité en droit de l'Union européenne, Bruylant, 2021.

³⁰ Rapport d'information n°2105 déposé à l'Assemblée nationale par la Commission des affaires européennes sur la politique européenne de concurrence, 8 juillet 2014.

³¹ Conclusions de la réunion du Conseil européen du 21 et 22 mars 2019 (EUCO 1/19) (CO EUR 1 CONCL 1), Bruxelles le 22 mars 2019.

Ainsi, c'est le 17 juin 2020 que la Commission a adopté son Livre blanc sur les subventions étrangères³² en plus de lancer une consultation publique des parties prenantes³³. Assez rapidement, la Commission fait une proposition de règlement³⁴ accompagnée d'une étude d'impact qui ne tarde pas à faire l'objet d'un consensus politique entre le Parlement et le Conseil le 30 juin 2022³⁵, avant d'être définitivement adopté au mois de novembre par lesdites institutions. Ce nouveau règlement n°2022/2560 du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères a été adopté sur la base des articles 114 et 207 TFUE, lesquels feront l'objet d'une analyse approfondie dans le **Chapitre 2** de la première partie. Il prévoit trois instruments applicables depuis le 12 juillet 2023, pour contrôler l'effet de distorsion dans le marché intérieur induit par les subventions de pays tiers : (1) un instrument *ex-officio* pour contrôler toutes les subventions étrangères faussant le marché intérieur (FSR, chapitre 2) ; (2) une procédure de notification *ex ante* des contributions financières étrangères dans le cadre des concentrations d'entreprise (FSR, chapitre 3) ; (3) une procédure de notification préalable des contributions financières étrangères dans le cadre des procédures de passation de marchés publics ou de concessions (FSR, chapitre 4).

Il est important de noter que cet instrument a été envisagé pour contrer les subventions distortives provenant de tous les pays tiers, sans cibler certaines entreprises ou certains États de manière spécifique selon Eddy DE SMIJTER³⁶. Il s'agit d'appliquer le principe de non-discrimination qui fonctionne dans les deux sens :

« You cannot be better off because you have received a foreign subsidy compared to a company that is receiving state aid from a Member state ; it also works the other way around because you cannot be worse off if you have received foreign subsidies compared to state aid ».

Bien qu'il s'agisse d'un principe au cœur de la réglementation, certains auteurs craignent que le règlement relatif aux subventions étrangères enfreigne le principe du traitement national (exigeant des membres de l'OMC de traiter sur un pied d'égalité les produits et services étrangers et locaux vendus sur leur marché) si la procédure est manifestement moins favorable

³² Commission européenne, Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, 17.6.2020, COM(2020) 253 final.

³³ Commission européenne, consultation publique (17 juin 2020 – 23 septembre 2020) sur le Livre blanc relatif aux subventions étrangères, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12452-White-Paper-on-Foreign-Subsidies_en.

³⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, COM(2021) 223 final, 2021/0114 (COD), 5.5.2021.

³⁵ Commission européenne, communiqué de presse, Foreign subsidies : Commission welcomes the political agreement on Regulation on distortive subsidies, 30 juin 2022.

³⁶ Webinaire DG COMP, Let's Talk Competition | Episode 4 « Foreign Subsidies Regulation » | J. ESPINOZA, M. OLTHOFF, Y-E. BARA, E. DE SMIJTER, 10 octobre 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=ImqJXoQTDyo>.

pour les entreprises étrangères que le régime européen des aides d'État pour les États membres³⁷.

- **Méthodologie suivie**

« Dans quelle mesure le règlement relatif aux subventions étrangères s'articule-t-il avec le contrôle des concentrations ? » est la question à laquelle ce mémoire tente d'apporter une réponse argumentée.

Alors que les concentrations d'entreprise et les aides d'État sont strictement contrôlées au sein de l'Union européenne, il devenait nécessaire d'apporter une réponse aux subventions non réglementées provenant de pays tiers et plus particulièrement à celles qui sont destinées à financer directement ou indirectement l'acquisition d'entreprises européennes. Pour cette raison, nous verrons dans un premier temps que le présent règlement emprunte au règlement sur les concentrations sans pour autant en faire une copie conforme puisque de nombreuses divergences expliquent aussi la complémentarité des deux instruments (**Partie 1**). Dans un second temps, nous qualifierons et quantifierons les conséquences qui découlent de l'adjonction de cette strate juridique supplémentaire au contrôle des concentrations (**Partie 2**).

Il est à noter que ce travail porte essentiellement sur le chapitre 3 du règlement relatif aux subventions étrangères, et ne traitera pas des marchés publics. Il s'agit précisément d'étudier l'articulation entre le contrôle des concentrations et l'examen des concentrations subventionnées, les nouveautés apportées ainsi que les difficultés pratiques.

Ce travail de recherche étudie rigoureusement la doctrine pour pallier l'absence de jurisprudence précise sur ce sujet qui demeure très récent. Bien que des clarifications de la Commission européenne sur ses clés d'analyse soient attendues par les entreprises, les lignes directrices n'interviendront qu'en janvier 2026. Pour l'heure, les réponses se trouvent dans les réflexions des universitaires et des praticiens, parfois dans des jurisprudences concomitantes et dans les rares déclarations substantielles des membres de la Commission européenne. Par ailleurs, la doctrine française analytique n'abonde pas en la matière, c'est pour cette raison que ce mémoire analyse de nombreuses sources anglo-saxonnes et allemandes.

³⁷ F-C. LAPRÉVOTE et W. LIN, *Between State Aid, Trade and Antitrust: The Mixed Procedural Heritage of the Foreign Subsidies Regulation and the Overarching Principle of Non-Discrimination*, ZEuS 3/2022, DOI: 10.5771/1435-439X-2022-3-443 (pages 451).

PREMIÈRE PARTIE

Le règlement relatif aux subventions étrangères, un instrument empruntant au contrôle des concentrations en s'abstenant de le dupliquer.

Alors que l'expression « *Two sides of the same coin* »³⁸ est mobilisée par la doctrine pour comparer le règlement relatif aux subventions étrangères au régime européen des aides d'État, il semblerait plus pertinent de l'utiliser pour démontrer dans quelle mesure ce premier instrument est étroitement lié au droit européen des concentrations. Cette première partie porte sur les confins de la ressemblance entre les deux outils qui réglementent les concentrations d'entreprises sur le territoire de l'Union européenne.

Au sein du premier chapitre, nous chercherons à démontrer dans quelle mesure le règlement relatif aux subventions étrangères est élaboré à la lumière du contrôle des concentrations, qu'il imite dans sa forme et en partie dans le fond, sans pour autant le dupliquer. Quel aurait été l'intérêt d'avoir deux instruments identiques, rajoutant des couches de procédures aux entreprises ? Aucun. C'est bien pour cette raison qu'il n'y a non pas un droit européen des concentrations réformé, mais complété par un outil aux aspirations distinctes. Pour autant, tout au long de ce chapitre nous relèverons les ambiguïtés de cette corrélation, les éléments qui se ressemblent démesurément et les mécanismes qui diffèrent strictement, pour mieux comprendre la portée du nouvel instrument et la place qu'il est supposé prendre dans l'arsenal juridique du contrôle des concentrations.

En ce qui concerne le second chapitre, il s'agit de relever certaines divergences techniques précises (qui se trouvent dans les dispositions du règlement relatif aux subventions étrangères) qui différencient les deux règlements, tout en tentant d'y apporter des explications. Nous verrons tantôt dans quelle mesure le nouveau règlement pallie certaines lacunes du règlement sur les concentrations, et tantôt dans quelle mesure certaines notions bien établies du droit des concentrations font l'objet d'imprécisions supplémentaires ou au contraire de renforcements.

³⁸ L. HORNKHOL, *Protecting the Internal Market from Subsidisation with the EU State Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?*, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 14, Issue 3, April 2023.

CHAPITRE 1

La conception d'un instrument doté de l'ossature du règlement relatif aux concentrations et poursuivant une aspiration distincte

« *This regulation with its possibilities for third country dialogue that were bolstered by the Parliament puts one more tool in the belt of the European Commission to stem the swelling tide of a global harmful subsidies' race* »³⁹ (cette réglementation fournit un outil supplémentaire à la Commission européenne pour endiguer la marée montante qu'incarne la course mondiale aux subventions nuisibles).

On comprend bien que le règlement relatif aux subventions étrangères répond en priorité à cet impératif, consistant à « *rester dans la course* » et notamment dans cette concurrence internationale qui pèse sur les entreprises. Le Conseil de l'Union européenne rappelait qu'une concurrence libre et loyale dans des conditions équitables est nécessaire au sein du marché unique et à l'échelle mondiale⁴⁰, c'est pour cette raison que ce règlement prend les devants en façonnant les nouvelles règles du jeu qui s'appliqueront sur le territoire de l'Union (et même en dehors, sous certaines conditions (voir la **Section 2**)).

Ainsi, la conception de cet instrument repose sur l'idée qu'il est nécessaire de combler les lacunes du droit de l'Union⁴¹, parmi lesquelles on trouve un contrôle des concentrations qui semble incomplet, d'un certain point de vue. Celui-ci dispose d'une marge de manœuvre

³⁹ C. HENSEN, Parlement européen, communiqué de presse, Parliament approves new tool to ensure fair competition on the single market | News | European Parliament, novembre 2022.

⁴⁰ Conclusions du Conseil de l'Union européenne, Un marché unique approfondi en vue d'une reprise forte et d'une Europe compétitive et durable, Bruxelles, le 11 septembre 2020, 10698/20.

⁴¹ Conclusions de la réunion du Conseil européen du 21 et 22 mars 2019 (EUCO 1/19) (CO EUR 1 CONCL 1), Bruxelles le 22 mars 2019.

politique limitée liée au fait que le droit européen fait dépendre l'autorisation d'une concentration sur la base de motifs objectifs et que la politique industrielle ou d'autres objectifs politiques ne jouent qu'un rôle contextuel limité⁴².

Nous étudierons justement dans quelle mesure le présent règlement reprend de nombreuses notions et certains mécanismes processuels du contrôle des concentrations, on parle beaucoup en doctrine de règlements quasi analogues (**Section 1**). Cependant nous relativiserons le propos en soulignant les divergences de fond qui existent entre les deux règlements, puisque le FSR poursuit en effet, un dessein distinct qui n'est pas seulement concurrentiel, mais aussi géopolitique (**Section 2**).

⁴² B. AMMORY, C. DE NAVACELLE, H. DE LA BARRE D'ERQUELINNES, S. J. EVENETT, *Beyond Alstom-Siemens: Is there a need to revise competition law goals?* (New Frontiers of Antitrust - Paris, June 14th, 2019), November 2019, Concurrences N° 4-2019, (page 4).

Section 1 — L'élaboration d'un instrument ingénieux se calquant stratégiquement sur le règlement (UE) n°139/2004

Aux fins d'étudier le parallélisme indéniable qui existe entre le règlement sur les concentrations et le règlement relatif aux subventions étrangères, il est important de garder à l'esprit qu'il s'agit d'un choix stratégique, voué à faciliter la pratique pour les entreprises qui sont familières avec la notification de concentration au sein de l'Union.

Il n'est pas nécessaire d'en dire davantage dans l'introduction de cette section puisque comme nous le verrons, la doctrine est relativement unanime pour affirmer qu'il s'agit d'instruments quasi analogues.

Afin d'apporter une comparaison solide des deux règlements, nous verrons d'abord dans quelle mesure l'approche analytique des concentrations subventionnées emprunte certains éléments au contrôle des concentrations (**Paragraphe 1**). Cela s'explique probablement par l'impératif de cohérence dont doit faire preuve le règlement relatif aux subventions étrangères à l'égard de l'EUMR. Néanmoins, nous verrons dans la **Section 2**, que les règlements divergent tout de même, y compris dans l'analyse concurrentielle. Ensuite, nous mettrons en perspective la structure de chacun des règlements pour en souligner les similarités, qui s'expliquent sans doute par la nécessité d'uniformiser les procédures qui leur sont propres (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Une approche analytique des concentrations subventionnées prenant racine dans le règlement sur les concentrations

Au sein de ce paragraphe, nous étudierons les rapprochements entre l'EUMR et le FSR pouvant être relevés à l'égard de l'analyse des concentrations, bien que dans un second temps (**Section 2**), nous démontrerons que leurs différents objectifs induisent une analyse concurrentielle qui est propre à chaque instrument.

Pour autant, on remarque que la Cour de Justice envisage le contrôle des concentrations comme un outil complémentaire au contrôle *ex post* des ententes et des abus de position dominante, puisqu'il : « *fait partie d'un ensemble législatif visant à mettre en œuvre les articles 101 et 102 TFUE ainsi qu'à établir un système de contrôle garantissant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur de l'Union* »⁴³. Cette complémentarité est largement acceptée par la doctrine qui déclare : « *l'objectif commun de préservation de la concurrence confère aux deux dispositifs leur complémentarité* »⁴⁴.

Dès lors, si le règlement n°139/2004 œuvre à garantir une concurrence non faussée dans le marché intérieur, ne partagerait-il pas une approche économique semblable à celle du contrôle

⁴³ CJUE, arrêt du 7 décembre 2017, *Austria Asphalt contre Bundeskartellamt*, affaire C-248/16, ECLI:EU:2017:643 (point 31) [nous soulignons].

⁴⁴ M. BOUDOU, *Contrôle des concentrations et prohibition des pratiques anticoncurrentielles : entre compétences antagonistes et compétences complémentaires*, *RJDA* 7/19 (page 595).

des concentrations ? (A). Plus encore, la dimension a-concurrentielle de ce contrôle, ne serait-elle pas une alternative au règlement relatif aux subventions étrangères ? (B).

A) La nécessaire intégration d'une approche économique, semblable à celle du contrôle des concentrations

Il est important de noter qu'avant l'arrivée du FSR, la Commission européenne était susceptible de contrôler l'existence de subventions étrangères dans le cadre de l'examen d'une concentration⁴⁵. On pourrait penser que ce n'est pas le cas puisque les documents préparatoires justifiant l'émergence du règlement soulignent unanimement le fait que :

« Ni les règles sur les pratiques anticoncurrentielles de l'UE, ni le contrôle des concentrations de l'UE ne tiennent compte spécifiquement du fait qu'un opérateur économique puisse avoir bénéficié ou non de subventions étrangères [et pourtant] (...) en principe, cela pourrait faire partie de l'appréciation »⁴⁶.

Selon Thibault SIRE, pour que la Commission tienne compte des subventions étrangères dans l'examen d'une concentration, l'entreprise subventionnée doit s'engager dans une stratégie de « *deep-pocket predation* »⁴⁷. Il s'agit d'un type de prédation dans lequel une entreprise ayant d'importantes ressources financières cherche principalement à évincer ses concurrents (sans qu'il ne s'agisse systématiquement d'une éviction du marché puisque l'entreprise peut également freiner le développement de ses concurrents). Plus concrètement, si le concurrent non subventionné doit supporter certains coûts fixes pour maintenir son activité alors que l'entreprise subventionnée fait chuter les prix du marché en dessous des coûts variables, elle épuise les réserves de son concurrent⁴⁸. Ainsi, si la Commission doit prendre en considération la position des entreprises sur le marché du fait de leur puissance économique et financière (EUMR, article 2(1)(b)), ce critère ne se suffit pas à lui-même et doit être apprécié à l'aune d'autres éléments.

Parmi ces éléments, il peut s'agir de l'octroi d'une aide d'État comme ce fut le cas dans l'affaire *Deutsche Post/DHL*, où la Commission conclut que les concurrents disposaient d'une solidité financière suffisante pour contrer les stratégies d'éviction de marché et de prix prédateurs de l'entreprise acquéreuse⁴⁹. À ce titre, elle a examiné sa puissance financière puisqu'elle avait

⁴⁵ J. M. CARPI BADIA, *EU Merger Control in a globalized economy*, Competition Law & Policy Debate, Vol. 6 Issue 1, March 2020, (page 25).

⁴⁶ Op. cit. Commission européenne, Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, (page 11).

⁴⁷ T. SIRE, *The uneven playing field, How to deal with foreign subsidies when assessing mergers ?*, Concurrence N°1-2022 (article cité en intégralité).

⁴⁸ M. DE LA MANO and B. DURAND, « *A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82* », *Paper*, DG COMP, 2005, (page 9).

⁴⁹ Commission européenne, décision du 21 octobre 2002, *Deutsche Post/ DHL* (COMP/M.2908) JO C 25 du 1.2.2003, p. 3–3.

bénéficié d'une aide d'État illégale en plus de tirer profit de sa position monopolistique pour subventionner certaines de ses activités.

Il peut également s'agir de l'octroi d'une subvention étrangère comme ce fut le cas dans l'affaire *STX/ Aker Yards* où l'entreprise acquéreuse avait bénéficié de subventions de Corée du Sud⁵⁰. Bien que la Commission ait précisé qu'elle n'était pas tenue en vertu de l'EUMR de procéder à une analyse des subventions, elle a exigé des preuves pour en évaluer les effets sur la transaction en tant que telle et sur la position prospective de marché des entreprises concernées. Au vu des preuves disponibles, la Commission a estimé que lesdites subventions facilitant la concentration ne confèreraient pas de position dominante ou de force financière particulière à l'entreprise acquéreuse.

Par ailleurs, il en est de même pour les ANC qui sont susceptibles de prendre en considération les effets des subventions étrangères dans l'examen des concentrations. On peut citer à titre d'exemple, l'affaire *CRCC/ Vossloh*⁵¹ dans laquelle l'autorité allemande a analysé s'il était prévisible que les parts de marché des entreprises concernées augmentent du fait que CRCC soit une entreprise publique chinoise. À cet effet, le Bundeskartellamt allemand a étudié les stratégies de prix prédateurs de l'entreprise publique ainsi que les quantités de ressources financières qui étaient en jeu.

C'est peut-être pour cette raison que l'analyse des concentrations subventionnées dans le cadre du FSR, s'appuie nécessairement sur une analyse économique semblable à celle de l'EUMR. En effet, la Commission pourrait être confrontée à des analyses économiques détaillées provenant du bénéficiaire de la subvention ou d'une autre partie, qui la forcerait à revoir son analyse pour pouvoir la réfuter, comme ça a été le cas dans l'affaire *Intel*⁵². Morris SCHONBERG s'interroge sur le rôle des contributions financières étrangères dans l'analyse de la distorsion causée par une concentration subventionnée, laquelle devrait se limiter à la concentration en question. Or, la Commission analyse les contributions financières obtenues par la cible et l'acquéreur, ce qui suggère que l'analyse de la distorsion doit nécessairement aller au-delà du marché de la concentration et inclure les marchés sous-jacents où les entreprises opèrent (comme le fait l'EUMR⁵³).

Certains auteurs reconnaissent que l'approche économique du FSR est un ensemble d'éléments provenant du droit des concentrations et des aides d'État, mais pour autant, il serait non seulement contre-productif mais aussi peu pratique d'extrapoler l'analyse concurrentielle telle

⁵⁰ Commission européenne, décision du 5 mai 2008, *STX/ Aker Yards* (COMP/M4956) JO C 147 du 27.6.2009, p. 14–18.

⁵¹ Bundeskartellamt, décision du 27 avril 2020, Affaire B4-115/19 – *CRRC v Vossloh*.

⁵² CJUE, arrêt du 6 septembre 2017, *Intel contre Commission*, affaire C-413/14, ECLI:EU:C:2017:632, (points 129-147).

⁵³ T. BAUERMEISTER, *A tool to investigate M&A transactions with regard to foreign financial contributions*, *ZEuS* (Zeitschrift für Europarechtliche Studien) Volume 25 (2022) Issue 3, (page 479).

qu'elle est prévue dans l'EUMR à l'application du FSR⁵⁴. D'autres affirment qu'il est difficile de déterminer — sur la seule base des subventions étrangères — l'existence d'un lien de causalité entre l'octroi de la subvention et l'avantage concurrentiel dont bénéficie une entreprise, c'est pourquoi l'approche alternative la plus raisonnable serait de recourir plus concrètement à des données économiques⁵⁵.

Enfin, si pour le moment le règlement se limite à examiner les subventions étrangères de nature à renforcer la position concurrentielle d'une entreprise, on pourrait se demander s'il s'agit d'une analyse de position dominante (même si le règlement ne le mentionne pas) ou d'une approche similaire. Dans le passé, le contrôle des concentrations a été institué pour anticiper le risque des abus de position dominante⁵⁶, et le critère le plus important à prendre en compte était la position concurrentielle sur le marché⁵⁷. Néanmoins, l'abus de position dominante n'est plus le seul élément à être pris en compte car la doctrine avait soulevé une difficulté majeure : l'existence d'un « *enforcement gap* »⁵⁸. Le règlement n°4064/89 n'autorisait la Commission qu'à interdire les concentrations qui créaient/ renforçaient une position dominante alors que des économistes démontraient à l'inverse que certaines concentrations — notamment horizontales — restreignaient la concurrence de manière considérable sans pour autant renforcer/ créer de position dominante⁵⁹. Avec l'arrivée du règlement n°139/2004, le critère de la position dominante ne devient qu'un cas d'incompatibilité parmi d'autres⁶⁰.

Nous venons d'examiner les similitudes entre les règlements, concernant l'approche économique retenue dans l'analyse des concentrations afin de démontrer l'existence d'un certain parallélisme entre ces instruments. Par ailleurs, le règlement n°139/2004 prévoit un contrôle a-concurrentiel, qui selon certains, aurait pu constituer une alternative au FSR.

⁵⁴ X. SU, *A Critical Analysis of the EU's Eclectic Foreign Subsidies Regulation: Can the Level Playing Field Be Achieved?* (pages 84-85), Legal Issues of Economic Integration, Volume 50 - Issue 1, Jan 2023.

⁵⁵ J. KOCIUBINSKI, *The Proposed Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: The Way Forward or Dead End?*, European Competition and Regulatory Law Review (CoRe), n°1-2022 (page 64).

⁵⁶ Non-paper strengthening the level playing field on the internal market, The Netherlands, 2019.

⁵⁷ Op. cit. T. BAUERMEISTER, *A tool to investigate M&A transactions with regard to foreign financial contributions* (page 479).

⁵⁸ F. E. GONZALEZ DIAZ, « *The Effect Based Approach in EU Merger Control* », in J. Bourgeois et D. Waelbroeck (dir.), Ten years of effect-based approach in EU competition law — State of play and perspectives, Bruylant, Bruxelles, 2012.

« From a theoretical perspective, it is clear that there is a gap. It consists of the class of oligopoly mergers that lessen competition by changing the competitive oligopoly equilibrium. These do not create single firm dominance or rely on collusion or coordination in the market ».

⁵⁹ J. FINGLETON et D. NOLAN, *Mind the Gap. La riforma del regolamento comunitario sulle concentrazioni*, Mercato Concorrenza Regole Fascicolo 2/2003, agosto.

⁶⁰ N. PETIT, Droit européen de la concurrence, Précis Domat, 2e édition, 2018 (pages 534-535).

B) L'approche a-concurrentielle du droit des concentrations, une alternative au règlement relatif aux subventions étrangères ?

Selon Walid CHAIEHLOUDJ⁶¹, le règlement n°139/2004 prévoit un moyen de contourner l'analyse exclusivement concurrentielle, lorsque les États membres estiment que la concentration porte atteinte à un intérêt légitime (EUMR, article 21(4)). Conformément au règlement sur les concentrations, sont considérés comme intérêts légitimes la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles (EUMR, article 21§4 deuxième alinéa). Néanmoins, les mesures que prennent les États membres doivent être compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit de l'Union. Si les mesures visent à protéger les intérêts cités par le règlement, elles n'ont pas besoin de faire l'objet d'une notification préalable auprès de la Commission⁶², laquelle ne perd pas pour autant sa compétence⁶³. Celle-ci peut d'ailleurs intervenir et décider de la compatibilité des mesures avec les principes de proportionnalité et de non-discrimination, et même rendre une décision provisoire ou en ordonner le retrait. Par ailleurs, si les États membres estiment qu'une concentration porte atteinte à « *tout autre intérêt public* » (EUMR, article 21(4) troisième alinéa), ils doivent le notifier à la Commission qui effectuera un examen de compatibilité avec les principes généraux et autres dispositions du droit de l'Union. Non seulement ni la doctrine ni la jurisprudence ne fournit de définition précise des « *intérêts publics* »⁶⁴, mais la Cour se réserve le droit d'écarter les considérations purement économiques⁶⁵.

Ainsi, on pourrait penser que cette approche a-concurrentielle des concentrations permettrait de prendre en considération l'impact d'une subvention étrangère en ce qu'elle porterait atteinte à un intérêt légitime ou public. Pourtant, dans la décision *Alstom/ Siemens*⁶⁶, les États français et allemands ne soulevaient que des arguments économiques consistant à dire que l'interdiction de la concentration empêcherait l'émergence d'un champion européen capable de concurrencer l'entreprise chinoise, ce qui ne constitue pas un intérêt légitime⁶⁷. Plus encore, cet argument ne permettrait pas de faire jouer l'exception de l'intérêt public puisque la

⁶¹ W. CHAIEHLOUDJ, *Faut-il repenser le droit européen des concentrations après l'affaire Alstom/Siemens?*, Cahiers de droit européen, 2019, 2-3 (article cité en intégralité).

⁶² OCDE, *Public Interest Considerations in Merger Control*, Note by the European Commission, 2016, Directorate for financial and enterprise affairs, DAF/COMP/WP3/WD(2016)11 (page 4).

⁶³ CJCE, arrêt du 25 septembre 2003, *Schlüssolverlag J. S. Moser et a. c. Commission*, affaire C-170/02 P, ECLI :EU:C:2003:501 (point 32).

⁶⁴ Op. cit. W. CHAIEHLOUDJ, *Faut-il repenser le droit européen des concentrations après l'affaire Alstom/Siemens?*

⁶⁵ CJCE, arrêt 13 mai 2003, *Müller-Fauré et van Riet*, affaire C-385/99, ECLI :EU:C:2003:270 (point 72).

⁶⁶ Commission européenne, décision du 6 février 2019, *Alstom/Siemens*, affaire M.8677 (C(2019) 921 final), *JO C 300 du 5.9.2019*, p. 14–20.

⁶⁷ Op. cit. W. CHAIEHLOUDJ, *Faut-il repenser le droit européen des concentrations après l'affaire Alstom/Siemens?*

pratique décisionnelle et la jurisprudence de la Cour sont hostiles aux considérations de nature économique⁶⁸.

En définitive, à la suite de la décision *Alstom/ Siemens*, de nombreux auteurs et praticiens se sont interrogés sur la nécessité de modifier le contrôle des concentrations pour mieux refléter l'influence des entreprises contrôlées ou subventionnées par des États tels que la Chine⁶⁹. Ainsi, la France et l'Allemagne ont précisément soulevé ce point dans leur Manifeste pour une politique industrielle adaptée au 21^e siècle⁷⁰ :

« Despite our best efforts, which we must pursue, there is no regulatory global level playing field. And there won't be one any time soon. This puts European companies at a massive disadvantage. When some countries heavily subsidize their own companies, how can companies operating mainly in Europe compete fairly? Of course, we must continue to argue for a fairer and more effective global level playing field, but in the meantime, we need to ensure our companies can actually grow and compete. This entails changes to existing European competition rules. France and Germany suggest examining different options: Taking into greater consideration the state-control of and subsidies for undertakings within the framework of merger control (...) ».

On comprend qu'en vertu du FSR, les concentrations subventionnées seront examinées du point de vue de la finalité de la subvention et de l'utilisation qui en est faite dans le marché intérieur (FSR, article 4(1)(e)). C'est bien cette disposition qui s'écarte de l'analyse économique technique et qui constitue en quelque sorte, la suite logique de l'approche a-concurrentielle du contrôle des concentrations.

*Le FSR emprunte à plusieurs égards certains éléments de l'EUMR pour contrôler les acquisitions subventionnées, à tel point que nous venons de nous interroger sur la nécessité dudit nouvel instrument. Il en résulte que ce dernier apparaît indispensable puisqu'il comble de nombreuses lacunes que nous étudierons en profondeur plus loin dans la réflexion (voir **Section 2**). Pour l'heure, il est tout de même incontestable que cet instrument s'inspire inlassablement du règlement sur les concentrations en matière de structure, de délais et de concepts-clés.*

Paragraphe 2 : Un règlement faisant écho à la structure du règlement relatif aux concentrations

Ensuite, le règlement relatif aux subventions étrangères a été construit de telle sorte à ce qu'il s'inscrive en continuité avec le contrôle européen des concentrations. Eddy DE SMIJTER

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Monopolkommission - Chinese state capitalism: A challenge for the European market economy- Chapter IV of the Biennial Report XXIII of the Monopolies Commission ("*Competition 2020*"), (page 83).

⁷⁰ A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century, Communiqué de presse, 19 février 2019 [nous soulignons].

l'affirme lui-même : « *The EUMR control is more for practical reasons, a sister enforcement of the FSR* »⁷¹ (les contrôles des concentrations prévus dans les différents règlements sont conçus de manière jumelée). De cette façon, les parties prenantes apprécieront la similitude des concepts-clés, du calendrier et des étapes procédurales entre l'EUMR et le FSR⁷².

Ainsi, nous étudierons d'abord dans quelle mesure le règlement relatif aux subventions étrangères a repris les concepts-clés du règlement sur les concentrations (A), avant de comparer l'architecture des deux instruments (B).

A) La nécessaire symbiose des deux instruments à l'égard des concepts-clés

Si dans un premier temps, le Livre blanc sur les subventions étrangères envisageait de retenir la notion d'« *acquisition* » pour désigner les concentrations d'entreprises, le questionnaire à destination des parties prenante (inscrit en annexe du Livre blanc) a permis de remettre en question cette terminologie⁷³. Ce sont notamment les États membres qui, dans le cadre de la consultation publique, affirmaient que la définition de l'*acquisition* devait être la même que celle du contrôle des concentrations⁷⁴. C'est pour cette raison que dans le règlement n°2022/2560, la définition de *concentration* ainsi que d'autres éléments substantiels se calquent sur l'EUMR⁷⁵. À ce titre, puisque le nouveau règlement reprend les éléments constitutifs d'une concentration, le praticien peut appliquer et interpréter le Chapitre 3 du FSR sur la base du considérant 9, soit « *à la lumière de la législation pertinente de l'Union, y compris celle en matière (...) de fusions* »⁷⁶, comme le confirme la Commission dans sa Q&A⁷⁷. Les critères

⁷¹ Webinaire Digital Markets Research Hub « *EU Foreign Subsidies Regulation & Antitrust* » E. DE SMIJTER (DG COMP), L. HORNKHOL, M. MARTYNISZYN, O. ANDRIYCHUK, 7 février 2024, https://www.youtube.com/watch?v=Ui7LZ_QMY8w.

⁷² E. DE SMIJTER, *There's a New Kid in Town: The Foreign Subsidies Regulation*, Journal of European Competition Law & Practice, 2022, Vol. 13, No. 8.

⁷³ Op. cit. Commission européenne, Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, (page 56).

⁷⁴ Rapport de synthèse, Réponses à la consultation publique sur le Livre blanc relatif à l'égalisation des conditions de concurrence concernant les subventions étrangères (17.6.2020-23.09.2020).

⁷⁵ L. IDOT, *Le règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur : un nouvel outil en droit de la concurrence*, Revue EUROPE LexisNexis, Juin 2023 N°6.

⁷⁶ J. BARBIST, *Die Verordnung fiber den Binnenmarkt verzerrende dritt- staatliche Subventionen Eine Einfuhrung samt kritischer Auseinandersetzung mit den Vorschriften fiber Zusammenschlfisse*, Zeitschrift fur Offentliches Recht (ZoR), vol. 78(2), 2023 (page 243).

⁷⁷ Commission européenne, Q&A [Questions-Réponses] sur le règlement subventions étrangères, https://competition-policy.ec.europa.eu/foreign-subsidies-regulation/questions-and-answers_en :

« *The concepts of "concentration", "merger", "joint venture" and "acquired undertaking" in Article 20 of Regulation (EU) 2022/2560 are inspired from those used under Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings. General guidance on how these specific notions have previously been interpreted can be found in the Commission Consolidated Jurisdictional Notice* » [nous soulignons].

d'acquisition et de contrôle sont identiques dans les deux règlements⁷⁸, puisque les dispositions de l'EUMR — les articles 3(1)(a), (b) et (4) — sont presque reprises mot pour mot⁷⁹ :

Tableau. Analyse comparative de la définition de concentration entre le règlement sur les concentrations et le règlement relatif aux subventions étrangères.

EUMR	FSR
<p>« 1. Une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte:</p> <p>a) de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises, ou</p> <p>b) de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen.</p> <p>(...)</p> <p>4. La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du paragraphe 1, point b) ».</p>	<p>« 1. Aux fins du présent règlement, une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte:</p> <p>a) de la fusion de deux ou plusieurs entreprises ou parties d'entreprises auparavant indépendantes; ou</p> <p>b) de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen.</p> <p>2. La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du paragraphe 1 ».</p>

Ainsi, il importera de se référer aux documents de la Commission explicitant les moyens de contrôle ou encore l'influence déterminante⁸⁰, ainsi qu'à sa pratique décisionnelle et à la jurisprudence. Par exemple, en ce qui concerne la modification durable du contrôle — laquelle ne peut pas être temporaire⁸¹ — la Commission a déjà déclaré que la conclusion d'accords pour une durée déterminée n'empêche pas de modification durable dès lors que la durée de l'accord est suffisamment longue⁸². Il en est de même pour les notions de chiffre d'affaires « *total* » ou de contributions « *totales cumulées* » qui comprennent la somme des CA/ contributions reçues

⁷⁸ J. ZÖTTL, Düsseldorf, und P. WERNER, Brüssel, *Vive l'Industriepolitik - M&A unter der neuen Drittstaatensubventionsverordnung*, (page 479), NZKart 9/2022.

⁷⁹ Op. cit. T. BAUERMEISTER, *A tool to investigate M&A transactions with regard to foreign financial contributions* (page 482).

⁸⁰ Commission européenne, communication sur la compétence 2008-C 95-01 du 10 juillet 2007 ; Commission européenne, communication juridictionnelle 2009/C 43/09 concernant le règlement n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO C 95 du 16.04.2008).

⁸¹ L. VOGEL, Commentaire Concurrence I, Commentaire article par article du TFUE et des règlements procédure et concentrations, LawLex, Bruylant, 2020, (page 959).

⁸² Commission européenne, décision du 30 avril 2003, *DaimlerChrysler/ Deutsche Telekom*, (COMP/M.2903), JO L 300 du 18.11.2003, p.62.

par toutes les entreprises d'un même groupe, puisque cette approche est directement issue du contrôle des concentrations et de la communication de 2008 (points 177-118)⁸³.

*Le règlement n°2022/2560 reprend explicitement des notions et des outils issus du règlement sur les concentrations, qu'il s'agisse de définitions telles que celle que l'on vient d'analyser concernant la terminologie de concentration, ou encore d'outils tels que les engagements (voir infra **Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2**). Plus encore, le règlement reprend la structure du contrôle des concentrations pour construire le Chapitre 3 du FSR.*

B) Les emprunts procéduraux au contrôle des concentrations

En effet, le FSR puise dans le modèle procédural du contrôle des concentrations en matière de structure/ d'étapes ainsi que de délais. Les deux instruments prévoient une notification *ex ante* obligatoire des concentrations (EUMR, article 4(1) - FSR, article 21)) une obligation de *standstill* [de suspension] (EUMR, article 7(1) - FSR, article 24(1)), ainsi que deux voire trois phases d'enquête (voir le tableau et le schéma *infra*).

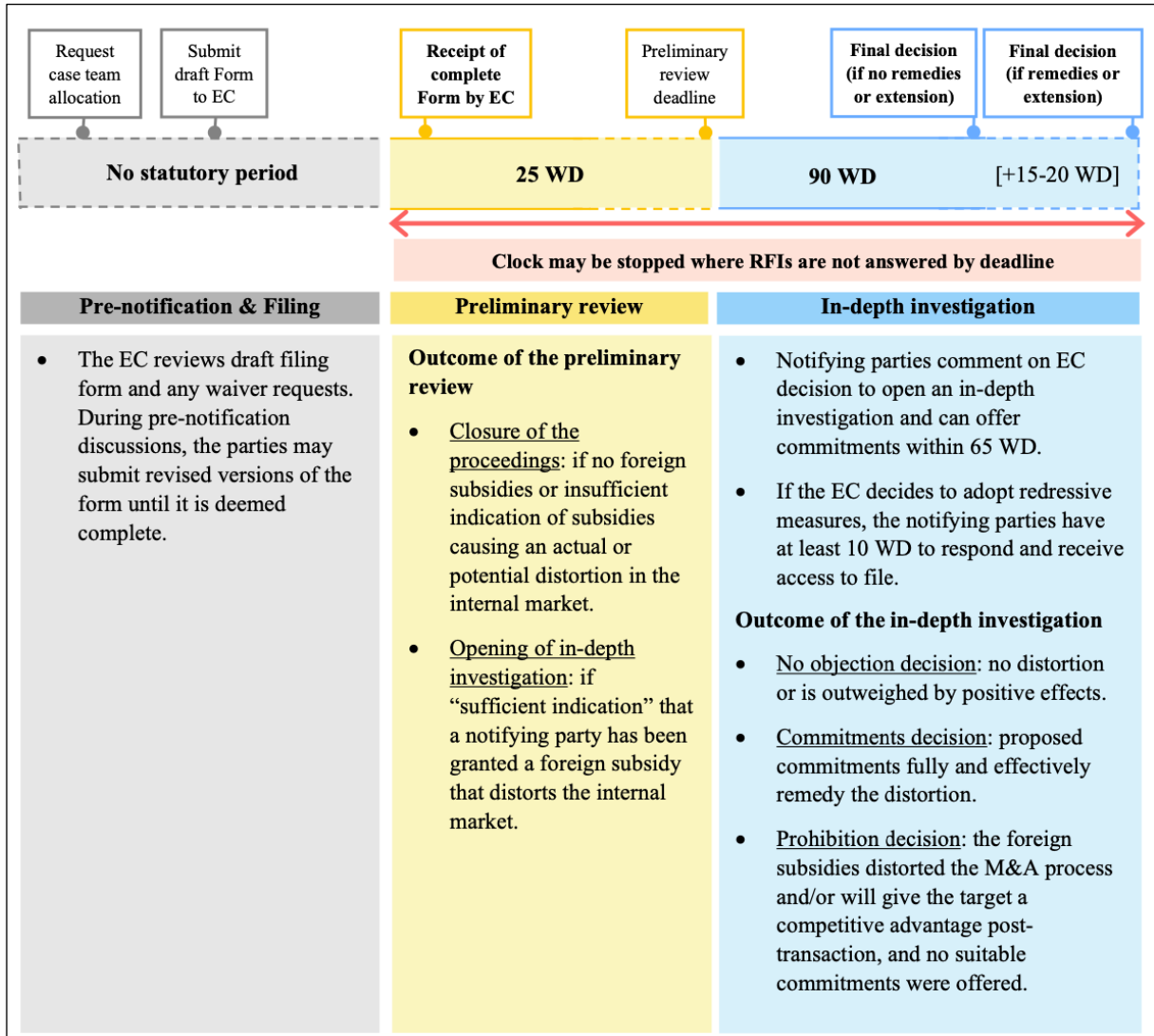
Si ces alignements procéduraux ont été prévus pour réduire les charges administratives incombant aux entreprises, il se pourrait que les procédures ne soient pas « *substantiellement synergiques en pratique* »⁸⁴ puisque la Commission initie une phase d'enquête lorsqu'elle estime qu'elle dispose de suffisamment d'informations.

Ces étapes d'enquête sont alignées puisque les deux instruments prévoient une première phase de pré-notification, suivie d'une phase (1) d'examen préliminaire de 25 jours ouvrables (EUMR, article 4(4) alinéa 4 – FSR, article 24(1)(b)) qui peut possiblement déboucher sur une phase (2) d'enquête approfondie de 90 jours ouvrables (EUMR, article 10(3) – FSR, article 24(1)(b)).

⁸³ Op. cit. X. SU, *A Critical Analysis of the EU's Eclectic Foreign Subsidies Regulation: Can the Level Playing Field Be Achieved?* (page 81).

⁸⁴ Op. cit. F-C. LAPRÉVOTE et W. LIN, *Between State Aid, Trade and Antitrust: The Mixed Procedural Heritage of the Foreign Subsidies Regulation and the Overarching Principle of Non-Discrimination* (pages 448).

Schéma. Procédure de notification *ex ante* des concentrations dans le FSR (Source : EU Foreign Subsidies Regulation Takes Effect and Filing Forms Adopted, Cleary Gottlieb).



Enfin, lorsque l’on compare les seuils de chiffre d’affaires, on remarque que deux entreprises disposant d’un CA de 250 millions d’euros (EUMR, article 1(2)(b)) équivaut à une entreprise cible ayant un chiffre d’affaires de 500 millions d’euros (FSR, article 20(3)(a)), ce qui signifie que les réglementations opèrent sur une échelle semblable⁸⁵. Enfin, la Commission européenne a essentiellement repris la trame du formulaire FORM-CO⁸⁶ pour élaborer le FS-CO⁸⁷.

⁸⁵ Op. cit. T. BAUERMEISTER, *A tool to investigate M&A transactions with regard to foreign financial contributions* (page 483).

⁸⁶ Annexe I, Règlement (UE) n°2023/914 du 20 avril 2023.

⁸⁷ Annexe I, Règlement (UE) n°2023/1441 du 10 juillet 2023.

Section 2 — La singularité d'un outil novateur au service d'un dessein géopolitique

Il est important de prendre en compte le « *dampening effect* » (effet modérateur) des concentrations sur les activités de recherche et développement, qui a été mis au jour par des études empiriques⁸⁸. De ce fait, la Commission européenne a porté davantage attention aux effets néfastes des concentrations sur l'innovation, et il ressort du Livre blanc que les subventions étrangères peuvent conduire à une répartition globale inefficace des ressources et, plus particulièrement, à une perte de compétitivité et de potentiel d'innovation pour les entreprises qui ne reçoivent pas de telles subventions⁸⁹.

Il s'agit là d'un facteur qui prend de l'importance lorsqu'on met en perspective le nombre d'opérations de concentration transnationale dans le monde, comme le fait Paulo Brunier DA SILVEIRA qui observe un effet « *boom* » des concentrations entre les années 1980 et 2010. Cela s'explique par le processus de mondialisation économique qui a encouragé les opérations de concentration des entreprises comme mode de réadaptation des agents économiques aux nouveaux marchés et réalités concurrentielles⁹⁰. Cette mondialisation s'est accompagnée d'un renforcement de l'unilatéralisme dans la coopération internationale mondiale, empêchant les entreprises européennes de bénéficier de conditions équitables de concurrence⁹¹. Si pour certains, le *level playing field* est une fable qui n'existe pas et qui n'a jamais existé⁹², elle est au cœur du discours des institutions européennes pour justifier la singularité du nouveau règlement et sa complémentarité à l'EUMR en ce qu'il cherche un multilatéralisme mondial.

Pour mieux comprendre l'objectif du règlement relatif aux subventions étrangères, nous insisterons sur les divergences substantielles qui existent avec le règlement sur les concentrations, en exposant les raisons qui en sont à l'origine. Dans un premier temps, nous analyserons ces divergences du point de vue de l'essence tant économique que politique ou apolitique des deux règlements (**Paragraphe 1**). Ensuite, nous détaillerons la doctrine des conditions de concurrence équitables qui justifie l'instauration de ce règlement additionnel, voué à combler les lacunes du règlement sur les concentrations en matière de subventions étrangères (**Paragraphe 2**).

⁸⁸ Editorial Comments: *Think big? Think twice! EU competition law in the face of calls for European champions*, Common Law Market Review, vol. 56 Issue n°2 (page 332).

⁸⁹ Op. it. Commission européenne, Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères (page 9).

⁹⁰ P. B. DA SILVEIRA, Le contrôle des concentrations transnationales, L'Harmattan, 2013, (pages 37 et 48).

⁹¹ Commission européenne, communication sur le réexamen de la politique commerciale – une politique commerciale ouverte, durable et ferme, COM(2021) 66 final, 18.2.2021.

⁹² J. KOCIUBINSKI, *The Proposed Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: The Way Forward or Dead End?*, European Competition and Regulatory Law Review (CoRe), n°1-2022, (page 65).

Paragraphe 1 : Une nécessaire divergence entre les deux règlements, tenant à leur essence

Comme l'affirme Eddy DE SMIJTER de la DGCOMP.K, les membres du département des concentrations examinent quelque chose de complètement différent en substance puisque si l'entrave significative à la concurrence leur est pertinente, elle ne l'est pas en matière de concentrations subventionnées⁹³. En vertu du FSR, on examine seulement les effets d'une subvention étrangère sur la concentration ou sur la position de l'entreprise post-transaction.

« The merger control test — and I know that a lot of practitioners think that we are doing more or less the same and some even inquire why didn't we have modified the EUMR, but that would not have been a good idea because the test is completely different »⁹⁴.

Il convient de préciser que cette divergence d'objectifs était déjà inscrite dans le Livre blanc de la Commission européenne, qui différenciait l'appréciation d'une entrave significative à la concurrence effective portant sur la structure de la concurrence, de l'analyse des effets d'une subventions⁹⁵. Il est évident que cette différenciation d'objectifs sert avant tout à justifier l'existence du règlement et à écarter toute hypothèse de chevauchement : *« Compte tenu de son objectif différent, un nouvel instrument compléterait donc le règlement sur les concentrations »⁹⁶*. Le test SIEC portant sur l'analyse de la structure de la concurrence a tout de même fait l'objet de critiques lorsqu'il a été instauré au début des années 2000 puisque sa mise en œuvre impliquait nécessairement un processus d'adaptation⁹⁷, et qu'il était imprécis au regard de l'effet significatif sur les prix⁹⁸.

Au sein de ce paragraphe, nous présenterons la singularité de l'analyse concurrentielle des concentrations subventionnées (A), avant de mettre en exergue l'absence de dimension politique du contrôle des concentrations (B).

A) La spécificité de l'analyse concurrentielle des concentrations subventionnées

⁹³ Op. cit. Webinaire Digital Markets Research Hub « *EU Foreign Subsidies Regulation & Antitrust* ».

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Op. cit. Commission européenne, Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères (page 46).

⁹⁶ Ibid.

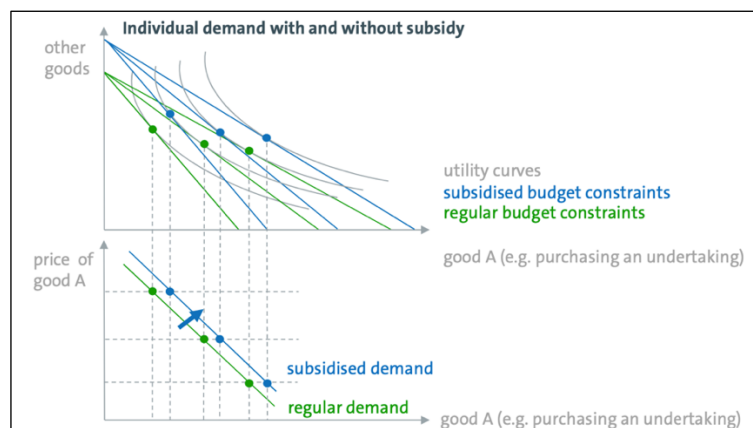
⁹⁷ Op. cit; F. E. GONZALEZ DIAZ, « *The Effect Based Approach in EU Merger Control* » ; S. B. VÖLCKER, *Mind the gap: Unilateral Effects Analysis arrives in EC Merger Control*, European Competition Law Review, n°7, 2004.

⁹⁸ S. THOMAS, *The Known Unknown, In Search for a Legal Structure of the Significance Criterion of the SIEC Test*, Journal of Competition Law & Economics, 13(2), 346–387 doi:10.1093/joclec/nhx014.

Premièrement, l'analyse d'une subvention étrangère dans le cadre d'une concentration doit se limiter à la concentration concernée (FSR, article 19). Cette formulation suggère qu'il est nécessaire d'établir un lien entre la subvention faussant la concurrence et la concentration puisque l'effet de celle-ci doit être « *merger-specific* »⁹⁹, même si rien n'empêche la Commission d'étudier ses effets de manière plus large dans le cadre d'une procédure distincte *ex-officio*.

En vertu de l'EUMR, le contrôle des concentrations ne porte pas sur le marché d'achat d'entreprise (ou marché de transactions M&A)¹⁰⁰ en tant que tel, c'est pourquoi le FSR a un champ d'application plus étroit¹⁰¹ : en particulier, il est destiné à contrôler les distorsions causées par des subventions étrangères qui facilitent l'acquisition d'une entreprise de l'Union européenne¹⁰². Or, dans le contexte d'un achat d'entreprise, si le budget d'un acquéreur augmente du fait d'une subvention étrangère, le prix d'achat s'élève tandis que le budget des acquéreurs concurrents reste immobile (voir le graphique *infra*¹⁰³). Dans l'hypothèse où aucun acquéreur n'est subventionné, c'est celui qui aura le plus de budget (par le biais de ses revenus) qui pourra obtenir la transaction, ce qui signifie que les subventions étrangères ont pour conséquence de créer une allocation inefficace des actifs¹⁰⁴. Partant, le considérant 4 du FSR précise qu'il se concentre sur les concentrations entièrement ou partiellement financées par des subventions étrangères, puisque le marché des concentrations d'entreprise est le plus affecté.

Graphique. « *Hazards of subsidies* » / Illustration graphique de l'effet des subventions sur le marché de M&A.



⁹⁹ A. REINDL, I. VAN DAMME, The EU Foreign Subsidies Regulation, *Concurrences*, 2024 (page 65).

¹⁰⁰ Op. cit. T. BAUERMEISTER, *A tool to investigate M&A transactions with regard to foreign financial contributions* (page 479-480).

¹⁰¹ A. BROWN, *European Commission Adopts White Paper on Tackling Foreign Subsidies, Including in the Field of Public Procurement*, Public Procurement Law Review, 2020 Issue n°6, (page 249).

¹⁰² R. WILLIAMS, *The European Commission White Paper on Foreign subsidies: A UK Perspective*, Public Procurement Law Review, 2020 Issue n°6, (page 257).

¹⁰³ T. BAUERMEISTER, *The protection against foreign subsidies distorting the internal market – Tool 1 as a merger control instrument – Universität Hamburg* (2022).

¹⁰⁴ Ibid.

Enfin, selon Patricia TRAPP, si en l'absence d'autres indicateurs la puissance financière d'une entreprise ne suffit pas à elle seule à établir la création ou le renforcement d'une position dominante ayant pour effet d'entraver la concurrence de manière significative, il semble douteux que la seule existence d'un pouvoir financier accru par des subventions étrangères puisse être considérée comme suffisante pour déclarer une opération de concentration incompatible avec le marché intérieur¹⁰⁵.

On pourrait d'autant plus s'interroger sur la nécessité d'assembler les différentes analyses concurrentielles (entrave significative à une concurrence effective + effet de distorsion d'une subvention étrangère sur le marché intérieur), puisque comme l'affirme Léna HORNKHOL, celles-ci sont peut-être différentes mais elles sont fondamentalement interdépendantes¹⁰⁶.

Une dernière question se pose, au regard de la contribution du cabinet d'avocats Van Bael & Bellis qui s'interrogeait sur l'annexe 1 du règlement d'exécution étendant l'examen de la Commission au-delà du champ d'application initialement prévu pour le FSR (1) aux marchés de produits sur lesquels les parties sont actives et, (2) au-delà des effets des subventions spécifiques à la concentration¹⁰⁷.

Ce nouvel instrument complète vraisemblablement le règlement sur les concentrations, mais l'analyse concurrentielle qui est envisagée n'est pour le moment, pas claire. Plusieurs questions subsistent, pourquoi insister sur la différence d'objectifs des deux règlements si in fine, ils pourraient être interdépendants ? Cela tient peut-être à la teinte politique dont est coloré le FSR, qui est absente de l'EUMR.

B) L'absence de dimension politique dans le contrôle des concentrations

Avant l'adoption du règlement n°4064/89, la Commission européenne avait soumis une proposition de texte¹⁰⁸ sur le contrôle des concentrations dans laquelle des considérations politiques venaient s'immiscer à l'article 2(4) :

« La Commission autorise les opérations de concentration en raison de leur compatibilité avec le marché commun lorsqu'elles contribuent à la réalisation des objectifs fondamentaux du traité et notamment l'amélioration de la production et de la distribution, à la promotion du progrès

¹⁰⁵ P. TRAPP, *Chinesische Staatsunternehmen – Eine Herausforderung für das europäische Wettbewerbsrecht*, *ZEuS* 2/2020, DOI: 10.5771/1435-439X-2020-2-327 (page 340).

¹⁰⁶ L. HORNKHOL, *The EU Foreign Subsidy Regulation– What, Why and How?* (page 23), July 31, 2022, *Weaponising investments* (volume II) – Springer Studies in the Law and Geo-economics (preprint and unedited version).

¹⁰⁷ Contribution du cabinet Van Bael & Bellis à la consultation publique portant sur la proposition de règlement d'exécution, 6 mars 2023.

¹⁰⁸ Proposition modifiée d'un règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO C130, 88/C 130/05), 19 mai 1988.

technique ou économique ou à l'amélioration de la structure de concurrence à l'intérieur du marché commun en tenant dûment compte de la compétitivité des entreprises concernées au regard de la concurrence internationale ainsi que de l'intérêt des consommateurs, pour autant : a) qu'elles n'imposent pas aux entreprises concernées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour la réalisation de l'opération de concentration et ; b) qu'elles ne donnent pas aux entreprises concernées la possibilité pour une partie substantielle des produits ou services en causer d'éliminer la concurrence » [nous soulignons].

Ce texte assurait à la Commission, un large pouvoir discrétionnaire pour juger compatible avec le marché commun des concentrations pour des raisons de politique industrielle¹⁰⁹. Ces aspirations ont été rejetées par le Conseil (notamment la France et l'Allemagne) et certains commissaires de la concurrence qui ont toujours été hostiles à l'usage politique du règlement sur les concentrations¹¹⁰. Mario MONTI, commissaire à la concurrence avait d'ailleurs condamné les pressions politiques pesant sur la Commission dans l'affaire *General Electric/Honeywell*¹¹¹.

Dès lors, avec la politisation du contrôle des concentrations, la doctrine craint l'émergence d'un risque de marchandage politique entre États¹¹². Si pour Bruno LE MAIRE l'analyse des concentrations en Europe devrait relever de la sphère politique, David BOSCO déclare au contraire que :

« Une approche plus politique du contrôle des concentrations ferait perdre toute crédibilité à notre droit européen, ballotté au gré des alliances politiques de circonstance, entre protectionnisme européen et stratégie industrielle désordonnée. La sagesse commande au contraire de se rappeler que le génie européen a été de fonder notre communauté économique sur le règne du Droit »¹¹³ [nous soulignons].

Ainsi, on comprend bien qu'une partie de la doctrine s'attache à conserver l'essence purement économique du contrôle des concentrations, fondée sur le droit à une concurrence libre et non faussée.

¹⁰⁹ Op. cit. *Think big? Think twice! EU competition law in the face of calls for European champions*, (page 335).

¹¹⁰ Op. cit. W. CHAIEHLOUJ, *Faut-il repenser le droit européen des concentrations après l'affaire Alstom/Siemens?* (pages 560-561).

¹¹¹ Commission européenne, Commissioner Monti dismisses criticism of GE/Honeywell merger review and rejects politicisation of the case, communiqué de presse du 18 juin 2001 :

« I deplore attempts to misinform the public and to trigger political intervention. This is entirely out of place in an antitrust case and has no impact on the Commission whatsoever. This is a matter of law and economics, not politics (...) The nationality of the companies and political considerations have played and will play no role in the examination of mergers, in this case as in all others » [nous soulignons].

¹¹² A. BONNET. Les groupes et le contrôle européen des concentrations d'entreprises. Essai sur la cohérence substantielle du contrôle européen des concentrations d'entreprises. Thèse (Université de Pau et des Pays de l'Adour), 2020 (page 549).

¹¹³ D. BOSCO, *La « faute politique » serait de politiser le contrôle des concentrations*, Contrats-Concurrence-Consommation, N°5 Mai 2019, LexisNexis (page 1).

En plus d'être substantiellement différents d'un point de vue tant économique que politique, nous verrons dans quelle mesure le règlement n°2022/2560 mobilise la doctrine du level playing field pour justifier une ère de protectionnisme européen.

Paragraphe 2 : L'instrumentalisation du *level playing field* pour répondre aux défis géopolitiques d'une réalité dite multipolaire

Dans une lettre du 4 février 2020, la France, l'Italie, l'Allemagne et la Pologne ont adressé une lettre à Margrethe VESTAGER¹¹⁴ (voir les pages 1&2 de ladite lettre reproduite *infra*) aux fins de moderniser les règles de concurrence existantes pour s'adapter aux évolutions substantielles de la concurrence sur le plan mondial.

Ces États membres ont appelé l'Union européenne à prendre conscience des avantages indus dont bénéficiaient les opérateurs économiques situés à l'étranger, et plus particulièrement les entreprises subventionnées, lesquelles ne sont pas soumises aux règles européennes sur les aides d'État. Cela avait *in fine* pour conséquence de porter atteinte à la compétitivité des entreprises européennes (ce qui se répercutait également sur les consommateurs). Il était notamment précisé que l'objectif le plus important est d'égaliser les règles du jeu :

« The overall objective is to level the playing field by making our competition toolbox more efficient and effective in tackling potential abusive behaviour in the single market of economic operators from outside the EU » [nous soulignons].

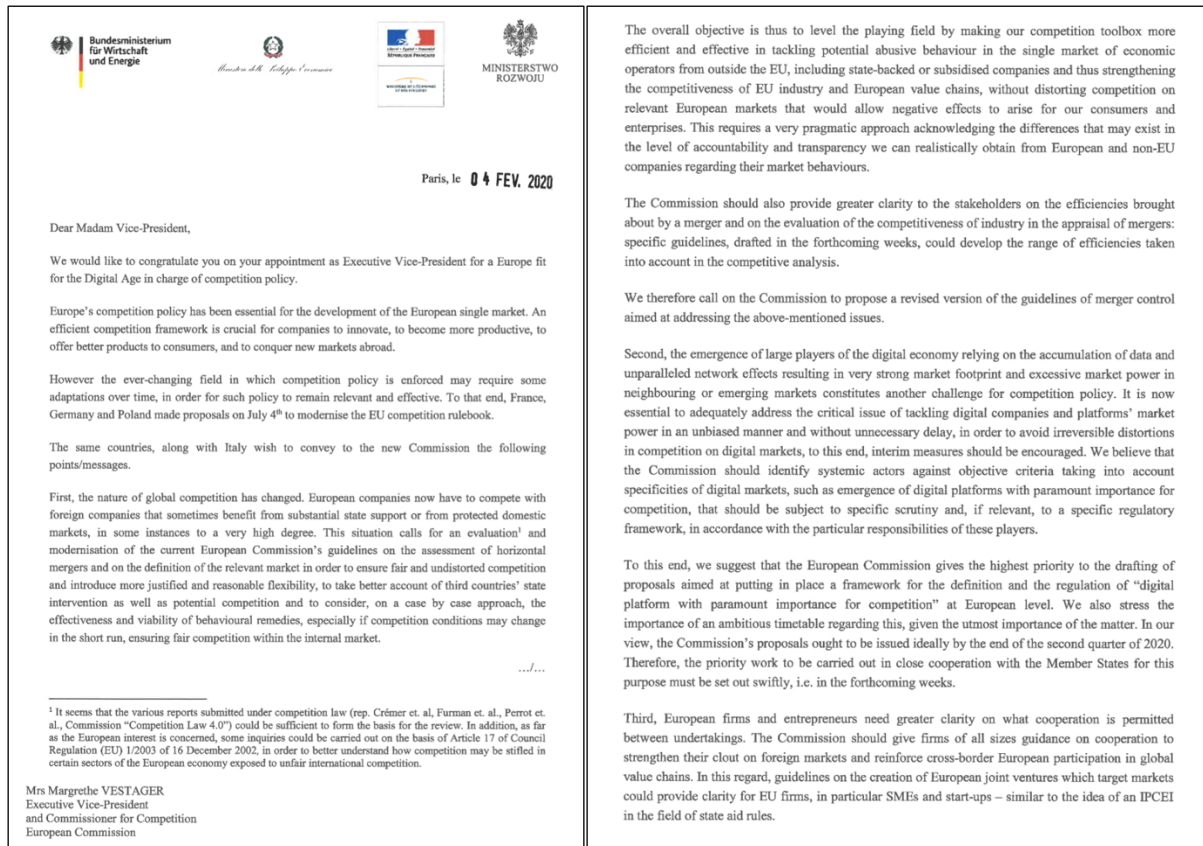
Le gouvernement néerlandais avait d'ailleurs tenu des propos semblables dès 2019, appelant l'Union à revoir sa législation face à un contexte de changement mondial¹¹⁵. Il est question de créer des conditions de concurrence égales tout en sauvegardant les intérêts économiques stratégiques de l'Union. Cela coïncide avec l'idée d'une autonomie stratégique européenne devenue nécessaire depuis que le monde a changé, que le poids de l'Europe diminue et que l'interdépendance économique est source de tensions politiques¹¹⁶.

¹¹⁴ Lettre à M. VESTAGER de la France, l'Italie, l'Allemagne et la Pologne, 4 février 2020.

¹¹⁵ Government of the Netherlands, Ministry of Foreign Affairs, Agenda for 2019-2024, *An open strong and sustainable European economy that offers protection*, March 2019, (pages 1-2).

¹¹⁶ J. BORELL, *Pourquoi l'Europe doit-elle être stratégiquement autonome ?*, Éditoriaux de l'Ifri, 2020.

Images. Lettre à Margrethe VESTAGER de l'Allemagne, l'Italie, la France et la Pologne, 4 février 2020.



Dans ce contexte, nous étudierons d'une part la doctrine de *level playing field* en tant que telle (A), avant d'approfondir le protectionnisme européen qui en découle (B).

A) L'harmonisation des conditions de concurrence au sein de l'Union européenne

C'est à l'article 1^{er} du règlement n°2022/2560 que l'on retrouve la doctrine concurrentielle de *level playing field* puisqu'il y est inscrit ce qui suit :

« Le présent règlement a pour objet de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en établissant un cadre harmonisé afin de lutter contre les distorsions causées, directement ou indirectement, par les subventions étrangères, en vue de garantir des conditions de concurrence équitables » [nous soulignons].

Bien que cette expression fût utilisée dès les années 1970 selon Francesco MARTUCCI¹¹⁷, c'est en février 1995 dans le cadre de son programme de travail¹¹⁸, que la Commission européenne en donne une première définition pertinente à l'égard des concentrations d'entreprises :

« *La Commission assurera un "level playing field", en intervenant à l'encontre des accords, pratiques concertées, abus de positions dominantes et concentrations incompatibles avec le marché commun ainsi que vis-à-vis des interventions d'État et des droits exclusifs non justifiés. Elle prendra en considération les défis concurrentiels que les entreprises européennes affrontent au niveau du marché mondial dans le but de préserver la compétitivité du marché unique, de maintenir des marchés concurrentiels et de promouvoir l'efficacité industrielle en Europe par le libre jeu des mécanismes du marché* » [nous soulignons].

De plus, la doctrine du *level playing field* est intimement liée au concept de concurrence non faussée puisqu'elle vise une égalité entre les entreprises sur le marché¹¹⁹. Du moins, c'est l'avocate générale Juliane KOKOTT qui affirme régulièrement que : « *l'objectif fondamental [est] de créer des conditions de la concurrence uniformes pour l'ensemble des entreprises opérant dans le marché intérieur (« level playing field »)* »¹²⁰. Par ailleurs, si l'égalité de traitement est inhérente à la notion de concurrence¹²¹, c'est parce que les règles communautaires postulent et garantissent aux entreprises l'égalité des chances au travers de l'égalisation des facteurs qui influent sur le fonctionnement du marché¹²².

Ces conditions de concurrence devant tantôt être « *uniformes* »¹²³, « *identiques* »¹²⁴ ou encore « *homogènes* »¹²⁵, sont étroitement liées au concept de neutralité concurrentielle¹²⁶. Ce concept

¹¹⁷ F. MARTUCCI, *Level playing field : une antienne protectrice du droit de l'Union*, Dossier level playing field, *RTDEur*, 2023/4, (page 605).

¹¹⁸ Commission européenne, programme de travail, 8 février 1995, DOC/95/1 (point 1.2).

¹¹⁹ Op. cit. F. MARTUCCI, *Level playing field : une antienne protectrice du droit de l'Union* (page 606).

¹²⁰ Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT du 6 septembre 2012, *Frucona Košice a.s. contre Commission européenne*, affaire C-73/11 P, ECLI:EU:C:2012:535, (point 55).

¹²¹ M. BLANCHARD, *L'égalité de traitement entre entreprises en droit communautaire de la concurrence*, Thèse (Université Paris 2 Panthéon-Assas) conduite sous la direction de H. GAUDEMET-TALLON, 2004, (page 12).

¹²² Ibid (page 13) ; P. PESCATORE, *La notion de marché commun dans les traités instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Benelux et les Communautés européennes*, *En hommage à V. GOTHOT*, 1962.

¹²³ Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT du 29 juillet 2019, *Otis GmbH e.a contre Land Oberösterreich*, affaire C-435/18, ECLI:EU:C:2019:651, (point 55).

¹²⁴ Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT du 26 mai 2011, *Residex Capital IV CV contre Gemeente Rotterdam*, affaire C-275/10, ECLI:EU:C:2011:354, (point 67).

¹²⁵ Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT du 29 avril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd contre Commission européenne e.a.*, affaire C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, (point 169).

¹²⁶ J. WANG, « *Le contrôle des subventions étrangères en droit européen* », mémoire conduit sous la direction de L. NICOLAS-VULLIERME, Université Panthéon-Assas, 2023.

envisage que les opérateurs de marchés ne soient pas soumis à des avantages ou désavantages indus pour que la concurrence soit réelle et non faussée, et qu'elle soit à même de servir au mieux les intérêts des consommateurs et de l'économie dans son entier¹²⁷. Régis LANNEAU compare ce concept à une « *boussole* » qui permettrait de naviguer dans le droit public économique en suivant une ligne de lecture unique pour encadrer juridiquement les marchés¹²⁸. De plus, la neutralité concurrentielle fait l'objet de communications régulières de la part de l'OCDE qui souhaite s'assurer que les entreprises et plus particulièrement celles qui sont subventionnées ou contrôlées par un gouvernement, opèrent dans des conditions de concurrence équitables et neutres¹²⁹. Pour l'Union européenne, il s'agit d'un concept de haute importance pour maintenir un *level playing field* dans le marché intérieur, puisqu'il constitue le fondement de la politique de concurrence depuis le début de l'intégration européenne¹³⁰.

Derrière les motifs purement économiques du level playing field se cache une volonté protectionniste de la part de l'Union européenne qui apparaît nécessaire dans un monde multipolaire.

B) L'avènement d'un protectionnisme européen dans un monde multipolaire

On ne peut pas évoquer le règlement relatif aux subventions étrangères sans mentionner le protectionnisme européen dont il est vêtu. Dès le mois de mai 2020, la Commission européenne déclarait dans une communication publique que l'Europe devait se concentrer sur le renforcement de son autonomie stratégique et de sa sécurité économique tout en continuant à soutenir le multilatéralisme¹³¹.

Pour autant, selon Josep BORELL, Haut représentant de l'UE pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, le monde d'aujourd'hui devient davantage multipolaire et moins multilatéral¹³². Par multilatéralisme on entend la méthode conçue pour organiser le monde sur la base de principes stables et transparents qui s'appliquent de manière égale à tous,

¹²⁷ R. LANNEAU, *La neutralité concurrentielle, nouvelle boussole du droit (public) économique ?*, Revue LexisNexis de Droit administratif, 2016/1, (page 10).

¹²⁸ Ibid (page 10).

¹²⁹ OCDE, *Competitive neutrality, A compendium of OECD recommendations, guidelines and best practices*, 2012, (page 11).

¹³⁰ OCDE, *Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Enforcement, note by the European Union*, 16-18 June 2015, DAF/COMP/WD(2015)31, (page 1).

¹³¹ Commission européenne, communication, *L'heure de l'Europe: réparer les dommages et préparer l'avenir pour la prochaine génération* (SWD(2020) 98 final), COM(2020) 456 final, Bruxelles, 2020, (pages 15, 20).

¹³² J. BORELL, *Comment relancer le multilatéralisme dans un monde multipolaire ?*, EEAS, 2021, https://www.eeas.europa.eu/eeas/comment-relancer-le-multilat%C3%A9ralisme-dans-un-monde-multipolaire_fr.

indépendamment de la taille¹³³. Aujourd'hui, nous sommes dans un ordre multipolaire (et non plus bipolaire comme c'était le cas avec les États-Unis et l'ex-URSS entre 1945 et 1989 par exemple), où de nouvelles puissances économiques (la Chine, l'UE) ainsi que des acteurs régionaux (BRICS, ASEAN, Union africaine) se sont affirmés sur la scène internationale¹³⁴. Ainsi, Josep BORELL conclut en confirmant la politique pro-multilatéralisme adoptée par la Commission européenne¹³⁵ et en déclarant que :

« Nous [l'UE] ne sommes pas obligés de choisir entre la multipolarité, qui est un fait, et le multilatéralisme, qui est une ambition. Accepter la multipolarité, c'est se confronter à la réalité d'un monde hétérogène, mais aussi fracturé et conflictuel. Défendre le multilatéralisme, c'est rejeter les points de vue fatalistes et, forts de nos atouts, resserrer les rangs avec nos partenaires pour fluidifier davantage le jeu mondial tout en gardant à l'esprit les intérêts de l'Europe et les valeurs qui les sous-tendent » [nous soulignons].

Alors que le protectionnisme ne doit pas s'immiscer dans la politique de concurrence selon le Parlement européen¹³⁶, on remarque que le règlement servirait au contraire à développer l'influence de la politique de concurrence dans le reste du monde¹³⁷. Francesco MARTUCCI l'explique ainsi, il s'agit de diffuser à l'échelle mondiale les valeurs européennes au titre de la protection du marché intérieur et de ses opérateurs, au titre d'un idéal politico-économique¹³⁸. Et de facto :

« Le marché intérieur devient davantage un instrument au service d'une cause politique ; le néo-libéralisme se mâtine d'un néo-idéalisme porteur d'une économie idéale de marché »¹³⁹ [nous soulignons].

En fin de compte, on pourrait même parler d'extraterritorialité du droit de l'Union car le règlement conditionne en quelque sorte l'accès au marché intérieur au respect des règles de concurrence/ de politique commerciale européennes.

Francesco MARTUCCI explique que l'extraterritorialité devient politiquement offensive lorsque le but est que les sujets de droit des pays tiers respectent des règles reflétant les valeurs

¹³³ Ibid.

¹³⁴ M. MEROLA et F. PATUELLI, *Subventions et investissements étrangers : les défis pour les entreprises face à l'objectif d'autonomie stratégique de l'UE*, Journal de droit européen, Octobre 2023 (page 398).

¹³⁵ Commission européenne, *Un multilatéralisme renouvelé, adapté au 21^{ème} siècle : le programme de l'UE*, communiqué de presse du 17 février 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_622.

¹³⁶ Parlement européen, Rapport sur la politique de concurrence (rapport annuel 2019), Commission des affaires économiques et monétaires, A9-0022/2020, (2019/2131(INI)), (pages 5-6).

¹³⁷ Ibid, Lettre de la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs (page 40).

¹³⁸ Op. cit. F. MARTUCCI, *Level playing field : une antienne protectrice du droit de l'Union* (page 617).

¹³⁹ Ibid (page 617).

de l'Union¹⁴⁰. Cette démarche s'inscrit dans le « *Brussels Effect* » décrit par Anu BRADFORD comme la capacité de l'Union de réglementer les marchés mondiaux en édictant des normes économiques¹⁴¹. Plus encore, le droit européen de la concurrence constituerait un des exemples les plus importants de l'hégémonie réglementaire mondiale de l'Union européenne¹⁴². Le droit de l'Union privilégie une approche de « *connexion territoriale* »¹⁴³ en fondant l'applicabilité d'une disposition de droit européen sur l'exigence d'un lien de rattachement suffisant au territoire d'un État membre¹⁴⁴. Ce lien de rattachement peut également être caractérisé : « *soit par la présence effective de l'un des opérateurs sur le territoire d'un État membre, soit par l'exercice d'une activité économique sur ce territoire* »¹⁴⁵.

¹⁴⁰ F. 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 »*, dans F. MARTUCCI, E. DUBOUT, F. PICOD, *L'extraterritorialité en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2021, (page 193).

¹⁴¹ A. BRADFORD, *The Brussels Effect, How the European Union rules the World*, Oxford University Press, 2020, (page 1).

¹⁴² Ibid (page 99).

¹⁴³ J. SCOTT, M. CREMONA, *EU Law beyond EU borders: the extraterritorial reach of EU law*, Oxford University Press, 2019 (page 21) :

« (...) this phenomenon [territorial extension in EU law] has enabled the EU to exploit the existence of a territorial connection to gain influence over foreign conduct and foreign law ».

¹⁴⁴ Conclusions de l'avocat général N. WAHL du 20 octobre 2016, *Intel contre Commission*, affaire C-413/14, ECLI:EU:C: 2016:788 (point 284).

¹⁴⁵ F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, HyperCours Dalloz, 3^e édition, 2021, (pages 559-560) ; Conclusions de P. LEGER du 11 mai 2000, *Ingmar*, affaire C-381/98, ECLI:EU:C:2000:230 (point 37).

CHAPITRE 2

L'insertion de divergences techniques notables permettant de s'interroger sur l'articulation des deux règlements

Au sein du présent chapitre, nous étudierons certaines divergences qui existent entre les règlements et qui méritent une attention particulière. Il s'agira d'effectuer une comparaison constante entre le règlement sur les concentrations et le règlement relatif aux subventions étrangères pour montrer ce que le second apporte en plus à l'autre, voire ce qu'il complexifie, etc. Il s'agit de mettre en avant les interactions qui existent entre les deux instruments, de voir dans quelle mesure sur le plan technique, ils se complètent ou non.

C'est pour cette raison que dans un premier temps nous exposerons les éléments qui permettent d'affirmer que le FSR pallie voire clarifie certaines imprécisions présentes dans le règlement sur les concentrations (**Section 1**). À ce titre, l'étude portera plus particulièrement sur les limites de la base légale de l'EUMR et l'apport de celle du FSR, ainsi que sur le phénomène des acquisitions prédatrices auquel le nouveau règlement apporte de nouvelles réponses.

Ensuite, nous verrons dans quels cas spécifiques la protection des entreprises fait l'objet d'imprécisions comme de renforcements, qu'il s'agisse de garanties procédurales mais également de la procédure d'engagements qui fera l'objet d'une analyse comparative entre les deux règlements (**Section 2**).

Section 1 — Les quelques *amphibologies** du règlement n°139/2004, palliées par le règlement n°2022/2560

Si dans la doctrine, nombreux sont ceux qui se sont indignés à la suite de la décision *Alstom/ Siemens*, c'est le Professeur Walid CHAIEHLOUDJ qui a su poser la bonne question entre les pages des Cahiers de droit européen : « *Faut-il repenser le droit européen des concentrations ?* »¹⁴⁶.

Pour cela, la réponse des institutions européennes est claire et concise, le droit européen des concentrations n'a pas besoin d'être réformé. Cet état d'esprit est évident dans le comportement de la Commission européenne à l'égard des *killers acquisitions*, qui multiplie les strates de sa pratique décisionnelle pour les contrôler et aux juridictions européennes qui complexifient le régime juridique, sans procéder à une véritable modification ou révision du règlement sur les concentrations.

De la même façon, certaines parties prenantes — telles que la Fédération des industries allemandes¹⁴⁷ — soulignaient la nécessité de réformer le contrôle des concentrations pour mieux répondre aux défis actuels. Pour autant, la Commission a préféré créer un nouvel instrument aux aspirations distinctes, davantage spécialisé au regard du subventionnement croissant des entreprises étrangères, des politiques économiques agressives et parfois défensives des autres États.

Nous verrons dans cette section deux aspects importants du contrôle des concentrations qui permettent de s'interroger sur l'aspect supplétif voire correcteur du règlement relatif aux subventions étrangères.

En premier lieu, nous étudierons le choix de la base juridique qui a permis d'adopter le nouvel instrument, tout en la mettant en perspective avec celle de l'EUMR (**Paragraphe 1**). Il s'agira essentiellement de comprendre pourquoi ces instruments ne disposent pas des mêmes bases légales, et de présenter les critiques qui ont été faites à l'égard de celles-ci. Ensuite, la seconde partie du propos portera sur l'inadéquation du contrôle des concentrations face au phénomène des *killers acquisitions*, et l'analyse de la réponse apportée par le nouveau règlement (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'adoption d'une base juridique plus cohérente pour contrôler l'effet des concentrations facilitées par les subventions étrangères

* À noter : le terme « *amphibologie* », provient de l'article de W. CHAIEHLOUDJ « *Faut-il repenser le droit européen des concentrations après l'affaire Alstom/Siemens ?* » et est défini par G. CORNU comme une hésitation, un doute sur le sens de certains termes.

¹⁴⁶ Op. cit. W. CHAIEHLOUDJ, *Faut-il repenser le droit européen des concentrations après l'affaire Alstom/Siemens?*

¹⁴⁷ BDI, GRUNDSATZPAPIER | CHINA, Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Janvier 2019, (pages 1, 12-13).

Le règlement relatif aux subventions étrangères se fonde sur les articles 207 TFUE (disposition destinée à adopter des mesures dans le cadre de l'action extérieure de l'Union en matière de politique commerciale commune) et 114 TFUE (disposition destinée à rapprocher les législations des États membres ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur). Le règlement relatif aux concentrations est lui, fondé sur les articles 83 et 308 TCE devenus respectivement 103 TFUE (disposition destinée à adopter des règlements ou directives en application des articles 101 et 102 TFUE) et 352 TFUE (disposition connue sous le nom de « *clause de flexibilité* », permettant au Conseil de l'Union de prendre des mesures pour atteindre un objectif du traité lorsqu'une telle action apparaît nécessaire). Nous étudierons au sein du présent paragraphe, les raisons pour lesquelles la base juridique de l'EUMR n'a pas été retenue lors de l'élaboration du FSR. À ce titre nous verrons d'abord dans quelle mesure le nouvel instrument combine de manière cohérente des politiques européennes complémentaires (A), avant d'exposer les vertus ainsi que les insuffisances des articles 103, 109 et 352 TFUE (B).

A) Un instrument s'inscrivant dans une combinaison de politiques européennes complémentaires

Si la double base légale du règlement relatif aux subventions étrangères est plus ambitieuse que le règlement n°2016/1036 pour restaurer des conditions de concurrence équitables¹⁴⁸, c'est parce qu'elle lie la politique du marché intérieur à la politique commerciale commune. Ladite ambition se matérialise d'autant plus par l'extraterritorialité du droit européen, qui est ici évidente, puisque le règlement s'applique aux entreprises étrangères conduisant une activité dans le marché intérieur¹⁴⁹ (mais pas seulement, car le règlement s'applique également aux entreprises établies dans l'Union qui reçoivent des subventions étrangères). Le choix de retenir l'article 114 du TFUE témoigne de l'importance que la réglementation doit avoir pour les opérations qui se déroulent dans le marché intérieur¹⁵⁰. À l'origine, la proposition de règlement indiquait que l'article 207 TFUE permettait d'imposer aux subventions étrangères et investissements directs étrangers des conditions à respecter, lesquelles feraient partie intégrante de la politique commerciale commune de l'Union¹⁵¹. La combinaison avec l'article 114 TFUE s'expliquait d'une part, par la nécessité de remédier de manière uniformisée — sans disparités tenant à des divergences dans les législations nationales — aux distorsions causées par les subventions étrangères dans le marché intérieur, et d'autre part de couvrir les situations de concentrations transnationales. Dès 2019, les Pays-Bas

¹⁴⁸ F. MARTUCCI, *Level playing field*, French Journal of Legal Policy, n°1 nov. 2023 (pages 44-45).

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Op. cit. J. BLOCKX et P. MATTIOLO, *The Foreign Subsidies Regulation : Calling Foul While Upping the Ante?* (page 57).

¹⁵¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, COM(2021) 223 final, 2021/0114 (COD), 5.5.2021 (page 6).

suggéraient qu'il était nécessaire de donner la priorité à l'application de législation existante sur le marché unique, tout en gardant à l'esprit que l'UE devrait s'interroger sur la révision des règles relatives au commerce pour rétablir un *level playing field* et ce, en sauvegardant ses intérêts économiques stratégiques¹⁵². L'étude d'impact accompagnant la proposition de règlement précisait d'ailleurs que l'initiative visait à protéger le commerce des subventions étrangères ayant un impact sur le marché intérieur, soulignant que d'autres instruments similaires — tels que les règlements n°2016/1036 et n°2019/452 — étaient fondés sur l'article 207(2) TFUE¹⁵³.

Quant à la doctrine, Johannes BARBIST estime qu'il s'agit d'une base juridique logique car le règlement permet d'imposer des restrictions aux bénéficiaires de subventions étrangères opérant sur le marché intérieur ou souhaitant y acquérir une entreprise¹⁵⁴.

Néanmoins, Justyna Smela WOLSKI¹⁵⁵ estime que le choix de l'article 114 est contestable, au regard de la jurisprudence *Vodafone* qui exclut son utilisation lorsque le législateur fait une simple constatation de disparités entre les réglementations nationales engendrant un risque abstrait de distorsions de concurrence¹⁵⁶. À l'inverse, si ce risque est « *vraisemblable* » et que les mesures sont envisagées expressément pour le prévenir, l'article 114 devient applicable¹⁵⁷. Or tel n'est pas le cas selon l'auteur, puisque la Commission indiquait y recourir pour éviter les obstacles inutiles résultant de disparités entre les législations nationales sur les subventions étrangères, alors que celles-ci n'existent pas encore.

Elle estime que le règlement devrait être adopté sur la base exclusive de l'article 207 TFUE car le contrôle des subventions étrangères, même si ce n'est pas expressément mentionné dans le texte, vise d'abord à protéger le commerce. Ainsi, les mesures visant à remédier aux dommages causés à la concurrence dans le marché intérieur sont la conséquence de comportements liés au commerce et devraient donc relever de la politique commerciale commune¹⁵⁸.

¹⁵² Government of the Netherlands, Ministry of Foreign Affairs, Agenda for 2019-2024, *An open strong and sustainable European economy that offers protection*, March 2019, cd1217nb001.

¹⁵³ Commission européenne, 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, SWD(2021) 99 final, 5.5.2021, (page 36).

¹⁵⁴ Op. cit. J. BARBIST, *Die Verordnung fiber den Binnenmarkt verzerrende dritt- staatliche Subventionen Eine Einföhrung samt kritischer Auseinandersetzung mit den Vorschriften fiber Zusammenschlfisse*, (page 231).

¹⁵⁵ J. S. WOLSKI, *Legal Basis of the Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market*, EStAL 2/2022, (page 162).

¹⁵⁶ CJUE, arrêt du 8 juin 2010, *Vodafone*, affaire C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321, (point 32).

¹⁵⁷ CJCE, arrêt du 5 octobre 2000, *République fédérale d'Allemagne contre Parlement et Conseil (Tobacco Advertising)*, affaire C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544, (point 86).

¹⁵⁸ Op. cit. J. S. WOLSKI, *Legal Basis of the Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market* (page 171).

Si cette double base légale apparaissait évidente pour certains, pour d'autres c'est la politique de concurrence qui aurait dû primer.

B) La politique de concurrence, une base légale ignorée

Selon la Monopolkommission (autorité allemande de la concurrence), le règlement relatif aux subventions étrangères aurait dû être fondé sur les articles 103 et 109 TFUE, en combinaison avec l'article 352 TFUE¹⁵⁹. En effet, si la proposition prévoyait de se fonder sur un objectif d'égalité de traitement entre entreprises subventionnées, cela signifie qu'elle pouvait viser des entreprises étrangères tant que celles-ci opèrent dans le marché intérieur en générant des distorsions de concurrence. Il ne s'agirait donc pas d'un acte législatif ciblant les relations avec les pays tiers au sens de l'article 207(2) TFUE, mais d'un instrument de droit de la concurrence qui s'inscrirait en parfaite continuité avec la jurisprudence de la CJUE, laquelle trouve le fondement des accords de libre-échange dans les règles de concurrence¹⁶⁰.

J. S. WOLSKI déclare qu'il existe de nombreuses raisons pour justifier que cet instrument relève de la politique de concurrence : la proposition est menée par la DGCOMP, le contrôle *ex ante* mimétise le contrôle des aides d'État, le protocole n°27 du TFUE précise que la notion de marché intérieur telle que définie par l'article 3 TFUE comprend un système garantissant une concurrence non faussée, etc¹⁶¹. Bien que l'article 103 TFUE ne se réfère qu'aux pratiques antitrust (ententes anticoncurrentielles et abus de position dominante) et pas aux concentrations, c'était pourtant la base légale de l'EUMR¹⁶². Néanmoins, J. S. WOLSKI estime qu'il s'agit d'un syllogisme erroné, car certes l'article 103 justifierait le chapitre/ module sur les concentrations, mais seulement dans la mesure où personne n'a jamais remis en question son applicabilité quant au contrôle des concentrations.

En ce qui concerne l'article 109 TFUE, J. S. WOLSKI estime que cette base juridique n'est pas adaptée car la notion de ressources d'État donnant lieu à une aide/ subvention, est associée aux États membres de l'UE et non pas à des pays tiers¹⁶³.

Le règlement relatif aux subventions étrangères vient pallier une lacune du règlement sur les concentrations en apportant une réponse aux killers acquisitions.

¹⁵⁹ Monopolkommission - Chinese state capitalism: A challenge for the European market economy- Chapter IV of the Biennial Report XXIII of the Monopolies Commission ("*Competition 2020*").

¹⁶⁰ CJCE, Avis 1/92 du 10 avril 1992, ECLI:EU:C:1992:189, (point 40).

¹⁶¹ Op. cit. J. S. WOLSKI, *Legal Basis of the Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market* (page 160).

¹⁶² Op. cit. B. AMMORY, C. DE NAVACELLE, H. DE LA BARRE D'ERQUELINNES, S. J. EVENETT, *Beyond Alstom-Siemens: Is there a need to revise competition law goals?* (page 9).

¹⁶³ Op. cit. J. S. WOLSKI, *Legal Basis of the Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market* (page 161).

Paragraphe 2 : L'adéquation du nouveau règlement pour lutter plus efficacement contre les *killers acquisitions*

Depuis quelques années, les *killers acquisitions* suscitent des inquiétudes au regard du droit des concentrations. Ces acquisitions prédatrices interviennent dans des situations où de grandes entreprises acquièrent des entreprises émergentes venant tout juste de commencer à se développer et se situant en dessous des seuils communautaires, afin de renforcer leur position dominante sur le marché tout en bénéficiant de leur projet innovant¹⁶⁴. Il en résulte un effet anticipé de fermeture de marché puisque ces acquisitions interviennent à un stade précoce du développement des jeunes entreprises innovantes, où « *le potentiel de celles-ci ne s'est ainsi pas encore matérialisé par un chiffre d'affaires qui permettrait de déclencher l'examen de ces opérations par les Autorités de concurrence* »¹⁶⁵.

D'un point de vue économique, ces acquisitions mènent les entreprises acquéreuses à menacer le phénomène de « *destruction créatrice* » exposé par Joseph SCHUMPETER, qui consiste en la destruction de produits obsolètes par de nouveaux produits innovants. En pratique, cette menace a été quantifiée par l'économiste Collen CUNNINGHAM qui a analysé sur une période de vingt ans plus de 16 000 projets de R&D dans l'industrie pharmaceutique, concluant que parmi les 6% d'acquisitions prédatrices, 78% des fondateurs de start-up quittaient l'entreprise et parmi les 22% restants, le dépôt de brevet chutait de 30%¹⁶⁶. Il est évident que la baisse d'innovation est la conséquence de l'acquisition de l'entreprise émergente, car l'absence de concurrence se matérialise par une hausse de prix et un défaut d'innovation intérieur¹⁶⁷. Emmanuelle CLAUDEL observe d'ailleurs que ces acquisitions peuvent avoir un objet expressément anticoncurrentiel visant à étouffer le concurrent émergent pour préserver une position monopolistique sur le marché¹⁶⁸. Ainsi, face à la menace que représente l'entreprise émergente, l'entreprise dominante ne peut réduire le risque concurrentiel qu'en s'emparant de la première¹⁶⁹.

Au sein du présent paragraphe, nous étudierons les lacunes du contrôle des concentrations pour lutter contre les *killers acquisitions* ainsi que les réponses récentes qui y ont été apportées (A). Cet état des lieux de la législation relative aux concentrations nous permettra de mettre en

¹⁶⁴ L. ELFASSY, « *Les killers acquisitions* », *Paper* conduit sous la direction de F. MARTUCCI (Université Paris 2 Panthéon-Assas), 2 mai 2023. À noter : ce *paper* de recherche sert de base de documentation à l'écriture de l'intégralité du **Paragraphe 1** et de la sous-partie (A).

¹⁶⁵ OCDE, *Start-ups, acquisitions anticoncurrentielles et seuils de contrôle des fusions*, contribution de la France, Direction des affaires financières et des entreprises (Comité de la concurrence), DAF/COMP/WD(2020)16, 11 juin 2020.

¹⁶⁶ C. CUNNINGHAM, F. EDERER et S. MA, « *Killers acquisitions* », *Journal of Political Economy*, vol. 129 n°3, 19 avril 2020, (pages 37-38).

¹⁶⁷ J. TIROLE, *Économie du bien commun*, 2016, (pages 473-474).

¹⁶⁸ E. CLAUDEL, *GAFAM et « Killers acquisitions » : Faut-il réformer le droit des concentrations ? Vers un droit spécial des entreprises systémiques ou structurantes*, 2020, *Concurrences* N° 4-2020, (page 4).

¹⁶⁹ Op. cit. C. CUNNINGHAM, F. EDERER et S. MA, « *Killers acquisitions* » (page 2).

perspective le nouveau règlement relatif aux subventions étrangères, qui contribue davantage à encadrer ce phénomène (B).

A) L'inadéquation de la réglementation sur les concentrations face aux acquisitions prédatrices

En premier lieu, l'affectation de la concurrence au sein de l'Union ne se mesure qu'en fonction des seuils de chiffre d'affaires permettant de déterminer la dimension communautaire d'une concentration (EURM, articles 1(2) et 1(3)), laquelle ne prend pas en considération la trajectoire d'une entreprise naissante dont le potentiel financier ne s'est pas encore matérialisé. Si les *killers acquisitions* échappaient aux seuils, la Commission observait qu'elles pouvaient avoir un impact significatif sur la concurrence, c'est pourquoi elle a décidé de mobiliser le mécanisme de renvoi lorsque les seuils nationaux n'étaient pas franchis¹⁷⁰. Cette « *clause néerlandaise* » ne s'appliquait pas lorsque la concentration ne dépassait pas les seuils nationaux d'un État membre disposant d'un dispositif de contrôle, car à l'origine, elle avait été conçue pour contrôler les concentrations sur le territoire d'États dépourvus d'un contrôle national des concentrations (comme c'était le cas aux Pays-Bas). Désormais, elle s'applique sous deux conditions : (1) la concentration affecte le commerce entre États membres ; (2) la concentration menace d'affecter d'une manière significative la concurrence sur le territoire du/des États membre(s) formulant la demande de renvoi.

D'ailleurs, la doctrine s'accordait à faire valoir que les critères étaient vagues et en rupture avec l'usage bien ancré des seuils obligatoires¹⁷¹, créant un risque d'incertitude juridique pour les entreprises concernant la contrôlabilité de leur opération et impactant la planification de l'acquisition¹⁷².

Pour autant, le Tribunal de l'UE a confirmé la relecture extensive de l'article 22 opérée par la Commission dans l'affaire *Illumina/ Grail*¹⁷³ en faisant d'une part une interprétation littérale de la disposition qui se réfère à « *toute concentration* », et d'autre part une interprétation historique, contextuelle et téléologique des règlements successifs sur le contrôle des concentrations. Tandis que la première lui permettait d'affirmer que l'opération n'avait pas besoin de relever de la compétence d'un État membre, la seconde le conduisait à déclarer que l'article 22 devait être envisagé comme un « *mécanisme correcteur* » participant à atteindre

¹⁷⁰ Commission européenne, Orientations concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires (2021/C 113/01), 31.3.2021.

¹⁷¹ A. WASCHMANN, *Politique de contrôle des opérations de concentration*, Dictionnaire de droit de la concurrence, *Concurrences*, Art. N° 12341.

¹⁷² D. TAYAR, E. XUEREF-POVIAC, *Renvoi par une autorité nationale : La Commission européenne se déclare compétente pour examiner des opérations de concentration sensibles en dessous des seuils nationaux*, *Concurrences* N° 4-2020.

¹⁷³ Commission européenne, communiqué de presse, *Concentrations: la Commission interdit l'acquisition de GRAIL par Illumina*, 6 septembre 2022 ; Trib. UE, 13 juillet 2022, *Illumina, Inc. / Commission européenne*, affaire T-227/21, ECLI:EU:T:2022:447.

l'objectif du règlement (i.e. permettre un contrôle effectif de toutes les concentrations ayant un effet significatif sur la structure de la concurrence).

Plus récemment, l'affaire a fait l'objet d'un pourvoi devant la CJUE, où l'avocat général Nicholas EMILIOU a eu l'opportunité de présenter ses conclusions¹⁷⁴, invitant la Cour à faire droit aux demandes des requérantes au motif que le Tribunal aurait commis une erreur de droit. Pour l'avocat général, « *la lecture que fait le Tribunal de la disposition donne lieu à une extension très importante du champ d'application du règlement n°139/2004 et de la compétence de la Commission* » (point 216) qui conduirait à « *introduire une large exception au principe du guichet unique qui ne serait guère compatible avec l'un des principaux objectifs du règlement n°139/2004* » (point 205)¹⁷⁵. Il s'agit pour le moment d'une affaire à suivre, d'autant plus que la Commission européenne refuserait d'explorer d'autres pistes telles que l'introduction de critères fondés sur la valeur de la transaction¹⁷⁶ — utilisés en Allemagne où la valeur de la transaction doit être supérieure à 400 millions d'euros et où l'entreprise cible doit exercer une activité significative sur le territoire allemand¹⁷⁷ — et dont le Parlement européen avait souligné les vertus¹⁷⁸.

Enfin, pour combler l'insuffisance du règlement n°139/2004 à l'égard des acquisitions prédatrices, la CJUE a récemment renversé « *l'obsolescence* » dictée par la doctrine¹⁷⁹, de l'arrêt *Continental Can*¹⁸⁰, dans son arrêt *Towercast*¹⁸¹. En effet, en affirmant que le règlement ne saurait s'opposer à ce qu'une concentration dénuée de dimension communautaire et n'ayant pas fait l'objet d'un renvoi par le biais de l'article 22, soit contrôlée *ex post* par une autorité nationale de concurrence au titre de l'article 102 TFUE, celui-ci participe à garantir une concurrence non faussée dans le marché intérieur. Néanmoins, le contrôle sur le terrain de l'abus de position dominante ne permettrait pas à l'autorité nationale d'annuler la concentration, mais seulement d'infliger une amende¹⁸², et les entreprises devront maîtriser le millefeuille législatif composé de l'article 102 TFUE et des règles procédurales nationales des ANC.

¹⁷⁴ Conclusions de l'avocat général N. EMILIOU du 21 mars 2024, *Illumina, Inc. et Grail LLC / Commission européenne*, affaires C-611/22 P et C-625/22 P, ECLI:EU:C:2024:264.

¹⁷⁵ Tactics News n°3-2024 – Newsletter - Mars 2024.

¹⁷⁶ M. COLE, A. ROGERS, J. HAVERALS, *European Commission's approach to Article 22 referrals in jeopardy after AG opinion*, Norton Rose Fulbright, Avril 2024.

¹⁷⁷ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Article 35§1.

¹⁷⁸ Résolution du Parlement européen du 18 juin 2020 sur la politique de concurrence – rapport annuel 2019 (2019/2131(INI)).

¹⁷⁹ F. PUEL et A. MARESCAUX, *Opérations de concentration sous les seuils : la multiplication des voies de contrôle ex post*, Editions législatives, Lefebvre Dalloz.

¹⁸⁰ CJCE, arrêt du 21 février 1973, *Continental Can / Commission*, affaire 6-72, ECLI:EU:C:1973:22.

¹⁸¹ CJUE, arrêt du 16 mars 2023, *Towercast contre Autorité de la concurrence*, affaire C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207.

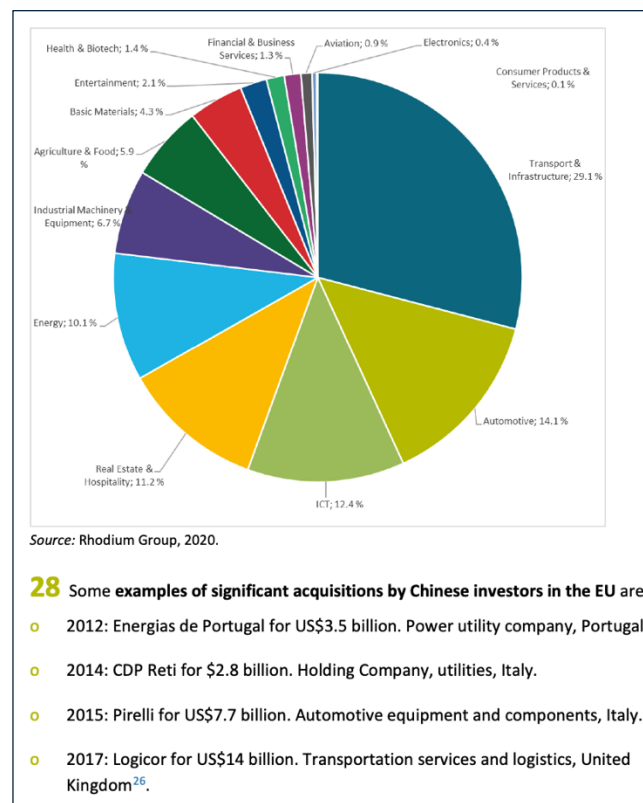
¹⁸² Conclusions de l'avocat général J. KOKOTT, présentées le 13 octobre 2022, *Towercast contre Autorité de la concurrence*, affaire C-449/21, ECLI:EU:C:2022:777 (point 63).

Après avoir exploré l'état actuel de la législation sur les concentrations face aux killers acquisitions, nous verrons dans quelle mesure le règlement relatif aux subventions étrangères y apporte une réponse innovante.

B) Les réponses pertinentes apportées par le règlement relatif aux subventions étrangères

Si depuis quelques années, l'UE cherche davantage à protéger ses industries face aux stratégies offensives de certains États, le règlement n°2019/452 avait en particulier été adopté pour éviter les « acquisitions prédatrices d'actifs européens stratégiques »¹⁸³. En effet, si l'on prend l'exemple de la Chine, on remarque que les investissements réalisés dans le cadre de la Belt & Road Initiative sont essentiellement des fusions-acquisitions d'entreprises (voir le graphique reproduit *infra*)¹⁸⁴. Ces opérations sont stratégiques puisqu'elles consistent en des transferts forcés de technologie vers la Chine qui affectent *in fine* la compétitivité de l'Union sur le long terme.

Graphique. Part des investissements publics chinois dans l'UE par secteur, entre 2000-2019 et exemples d'acquisitions significatives réalisées par des investisseurs chinois dans l'UE.



¹⁸³ S. ROBERT-CUENDET, *La lutte contre les subventions étrangères : nouveau pilier de la politique européenne de la concurrence*, *Le Club des Juristes*, 2021.

¹⁸⁴ European Court of Auditors, Review n°3, *The EU's response to China's state-driven investment strategy*, 2020, (page 23).

Dans l'étude d'impact accompagnant la proposition de règlement, on soulignait la nécessité d'apporter une réponse au phénomène des *killers acquisitions* puisque l'acquisition de cibles européennes de moindre taille était susceptible d'engendrer des distorsions dans le marché intérieur, notamment lorsqu'il s'agit d'entreprises innovantes au potentiel élevé¹⁸⁵.

Ainsi, l'article 21(5) du FSR permet à la Commission de demander la notification préalable de toute concentration non soumise à l'obligation de notification à tout moment avant sa réalisation si elle soupçonne que des subventions étrangères ont pu avoir été octroyées aux entreprises concernées au cours des trois années précédant la concentration. Cela signifie que la Commission peut exiger un examen des acquisitions subventionnées par des pays tiers, sans tenir compte du chiffre d'affaires des parties ou des contributions financières. Il s'agit là d'un moyen très efficace pour contrôler les acquisitions prédatrices, même si en pratique de très nombreuses opérations seront notifiées. Compte tenu du pouvoir discrétionnaire de la Commission, celle-ci s'intéressera particulièrement aux concentrations qui n'atteignent pas les seuils mais qui sont directement subventionnées par des pays géopolitiquement ciblés comme la Chine, ou encore aux acquisitions d'actifs stratégiques (FSR, considérant 2 : il s'agit notamment d'infrastructures critiques et technologies innovantes)¹⁸⁶. Cette disposition s'inspire probablement de la récente décision de la Commission acceptant et encourageant les États membres à renvoyer, au moyen de l'article 22, les transactions n'atteignant pas les seuils nationaux et communautaires¹⁸⁷.

Par ailleurs, le règlement relatif aux subventions étrangères ne s'arrête pas là, puisqu'il prévoit un examen *ex officio* susceptible d'être mobilisé pour toutes les concentrations n'atteignant pas les seuils de notification, même si elles sont déjà réalisées (FSR, article 9(1)), en application des règles de procédure prévues par le chapitre 2.

S'il y a bien un auteur qui apporte de la nuance à ce sujet, c'est Pedro CALLOL lorsqu'il déclare que les acquisitions subventionnées pourraient être un moyen efficace de lutter contre les *killers acquisitions*¹⁸⁸.

Celui-ci admet que les acquéreurs subventionnés bénéficient d'une force financière leur permettant d'élever artificiellement le prix de l'offre, déformant ainsi la valeur des actifs européens et limitant l'accès aux acquéreurs non-subventionnés. Néanmoins, l'auteur poursuit en déclarant que les subventions pourraient occasionnellement permettre à des entreprises

¹⁸⁵ Commission européenne, 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*, SWD(2021) 99 final, 5.5.2021 (page 50).

¹⁸⁶ A. REINDL, I. VAN DAMME, *The EU Foreign Subsidies Regulation*, Concurrences, 2024, (page 81).

¹⁸⁷ J. MODRALL, *Anti-Subsidy Regulation – A new big stick in the EU Regulatory Arsenal*, Kluwer Competition Law Blog, 2021.

¹⁸⁸ P. CALLOL, *Protectionist trends in cross-border mergers and acquisitions in Europe: national interest, FDI and other ingredients of the growing regulatory maze*, *European Competition Law Review*, 2021, 42(3).

innovantes mais peu développées d'acquérir des start-up, qui auraient autrement fait l'objet d'une acquisition prédatrice par des géants souhaitant éliminer la menace concurrentielle.

Section 2 — La protection des entreprises, à la fois renforcée et assortie d'imprécisions supplémentaires

Face aux sanctions importantes auxquelles sont confrontées les entreprises dans le cadre des opérations de concentration — une amende de 1% du chiffre d'affaires total lorsque l'entreprise brise des scellés ou fournit des renseignements inexacts, incomplets ou dénaturés et une amende de 10% du chiffre d'affaires total en cas d'omission de notification ou de réalisation d'une concentration déclarée incompatible avec le marché intérieur (EUMR, articles 14(1) et (2) ; FSR, articles 17 et 26) — celles-ci doivent nécessairement bénéficier de garanties procédurales substantielles. La Commission européenne a développé en ce sens, des lignes directrices vouées à détailler les droits de la défense des entreprises, parmi lesquelles on peut notamment citer la communication relative aux règles d'accès au dossier¹⁸⁹, celle concernant les engagements et mesures correctives recevables au titre du règlement n°139/2004¹⁹⁰, ou encore l'orientation sur la préparation des versions non confidentielles des décisions de la Commission¹⁹¹.

Du côté du règlement relatif aux subventions étrangères, des lignes directrices sont attendues au plus tard, le 12 janvier 2026 (FSR, article 46(1)), bien qu'en attendant, la Commission doive procéder à des consultations avec les parties prenantes (FSR, article 46(2)).

Lors du discours de Margrethe VESTAGER à la conférence célébrant les vingt ans de la réglementation européenne sur les concentrations, celle-ci déclarait que l'ensemble des règles édictées en la matière — en raison de leur stabilité et de leur prédictibilité — permettait aux entreprises européennes de s'élever et de rivaliser en qualité de 'champions'¹⁹². S'il n'y a désormais plus de doutes sur la prévisibilité des dispositions encadrant le contrôle des concentrations, il n'en va pas de même pour le règlement relatif aux subventions étrangères, lequel confirme certaines garanties procédurales à destination des entreprises tout en levant des doutes supplémentaires.

Il est important de rappeler que la CJUE envisage l'enjeu de la politique de concurrence comme un équilibre entre efficacité procédurale et respect des droits processuels, ce qui rejoint l'opinion de Guy CANIVET selon lequel l'équité procédurale est elle-même un principe d'efficacité¹⁹³.

¹⁸⁹ Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil, 22.12.2005, (2005/C 325/07).

¹⁹⁰ Commission européenne, Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, 22.10.2008, (2008/C 267/01).

¹⁹¹ European Commission, Guidance on the preparation of public versions of Commission Decisions adopted under the Merger Regulation.

¹⁹² Discours de M. VESTAGER du 18 avril 2024, Speech by EVP Margrethe Vestager at the Merger Regulation 20th Anniversary Conference, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_24_2141.

¹⁹³ M-A FRISON-ROCHE et J-C RODA, Droit de la concurrence, 2^e édition, 2022 (pages 150-151) ; G. CANIVET, Économie de la justice et procès équitable, JCP G. 2001.

Afin d'évaluer le degré de protection des entreprises dans le règlement relatif aux subventions étrangères nous analyserons d'abord la place des garanties procédurales (**Paragraphe 1**), avant d'étudier les règles relatives aux engagements (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les garanties procédurales prévues par le règlement intensifiant les droits des entreprises réalisant des concentrations

À la différence du règlement sur les concentrations, le règlement relatif aux subventions étrangères ne prévoit un droit d'audition que pour les entreprises faisant l'objet de l'enquête (FSR, article 42(1)) et non pas pour « *des intéressés et des tiers* » (EUMR, article 18). Néanmoins, dans les deux instruments, la Commission doit émettre auprès de l'entreprise un acte d'accusation exposant précisément les motifs pour lesquels elle entend prendre une décision.

Ces garanties procédurales s'inscrivent en continuité avec les impératifs de transparence et d'ouverture exigés par le droit européen et notamment par les articles 1 TUE¹⁹⁴ et 15(1) TFUE¹⁹⁵. Si le principe d'ouverture présupposant un accès général à l'information prend diverses formes de coopération de la part des institutions de l'Union, sa composante essentielle ou « *condition ontologique* » selon Alberto ALEMANNI, est le principe de transparence lequel se manifeste par le droit d'accès aux documents des institutions de l'Union¹⁹⁶. Ce « *droit civil fondamental* » est l'expression d'un principe démocratique selon les conclusions — largement accueillies par la doctrine¹⁹⁷ — de l'avocat général TESAURO¹⁹⁸, puisque la transparence de l'action des pouvoirs publics est une question intimement liée à celle du caractère démocratique des institutions¹⁹⁹. Certains auteurs y voyaient même, dès les années 1980, l'incarnation de la « *troisième génération des droits de l'homme* »²⁰⁰.

¹⁹⁴ TUE, Article 1 : « *les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens* » [nous soulignons].

¹⁹⁵ TFUE, Article 15(1) : « *les institutions de l'Union œuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture* » [nous soulignons].

¹⁹⁶ A. ALEMANNI, *Unpacking the Principle of Openness in EU Law: Transparency, Participation and Democracy*, *European Law Review*, 2014, vol. 39 n°1.

¹⁹⁷ M. P. BROBERG, *Access to documents: a general principle of Community law ?*, *European Law Review*, 2002, vol. 27 n°2 :

« *One is therefore led to the inevitable conclusion that Tesouro's explanation of the relationship between the public's right of access to documents and the democratic principle must be correct* » [nous soulignons].

¹⁹⁸ Conclusions de l'avocat général G. TESAURO présentées le 28 novembre 1995 dans l'affaire *Royaume des Pays-Bas contre Conseil de l'Union*, affaire C-58/94, ECLI:EU:C:1995:409 (points 15-16).

¹⁹⁹ Ibid (point 14) ; Conclusions de l'avocat général P. LEGER présentées le 10 juillet 2001 dans l'affaire *Conseil de l'Union contre Heidi Hautala*, affaire C-353/99, ECLI:EU:C:2001:392 (point 52).

²⁰⁰ G. BRAIBANT, « *Droit d'accès et droit à l'information* », *Service public et libertés : Mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier*, Éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, (page 703).

Il est désormais consacré par les articles 15(3) et 296(2) TFUE, l'article 42 CDFUE et le règlement (CE) n°1049/2001²⁰¹.

Au sein du présent paragraphe, nous étudierons dans quelle mesure l'implication grandissante des entreprises au cours de la procédure (A) ainsi que la préservation de leurs informations (B) tend à renforcer les garanties procédurales des entreprises.

A) La forte implication des entreprises au cours de la procédure

Le règlement relatif aux subventions étrangères prévoit une procédure régulière pour protéger les droits de la défense des entreprises, en leur permettant notamment de soumettre leurs observations écrites (FSR, article 42(1)) et tout document pertinent, dans un délai de dix jours ouvrables suivant la transmission des motifs d'accusation (FSR exéc., article 17).

Il est important de noter que la Commission ne fonde sa décision que sur les motifs au sujet desquels les entreprises concernées ont eu la possibilité de faire part de leurs observations (FSR, article 42(3)). Raymond LUJA précise que l'on pourrait tout de même s'interroger sur les limites de cette garantie procédurale : si la Commission décide de changer les motifs qui l'ont conduit à adopter sa décision en raison des observations présentées, elle devra donner une nouvelle occasion aux entreprises de s'exprimer sur les motifs révisés²⁰².

Certains auteurs estiment que les droits de la défense des entreprises sont plus favorables pour les bénéficiaires de subventions étrangères que pour les destinataires d'aides d'État (voir le tableau reproduit *infra*)²⁰³. En effet, en droit des aides d'État, ces derniers sont considérés comme des « *parties intéressées* »²⁰⁴ dénués de statut particulier, qui ne disposent pas du droit formel d'être entendus (ils peuvent seulement présenter des observations) ou d'accéder au dossier²⁰⁵.

²⁰¹ Règlement (CE) n° 1049/2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145 du 31.5.2001, p. 43–48).

²⁰² R. LUJA, *The Foreign Subsidies Regulation : Countering State Aid Beyond the European Union*, (EstAL) 2/2021 (page 196).

²⁰³ Op. cit. F-C. LAPRÉVOTE et W. LIN, *Between State Aid, Trade and Antitrust: The Mixed Procedural Heritage of the Foreign Subsidies Regulation and the Overarching Principle of Non-Discrimination*, (pages 450-451).

²⁰⁴ L. VOGEL, *Contrôle européen des aides d'État*, 2^e édition, Lawlex, Bruylant, 2020, (page 186).

²⁰⁵ M. KARPENSCHIF, *Manuel de droit européen des aides d'État*, 4^e édition, Competiton Law, Bruylant, 2021, (pages 296-297).

Tableau. Analyse comparative des droits de la défense prévus par le FSR et le régime des aides d'État.

	Investigations under the Foreign Subsidies Regulation	Investigations under the State aid regime
Right to be informed that the Commission is investigating State aid in the preliminary phase	Yes	No
Right to submit comments	Yes	Only in the formal procedure (the in-depth investigation stage)
Right of access to the file	Yes	No
Right to be informed of the grounds for a decision	Yes	No
Right to appeal to the hearing officer	Yes	No
Right to an oral hearing	Yes	No

Néanmoins, au regard du contrôle des concentrations, l'article 14 du règlement d'exécution n°2023/914²⁰⁶ prévoit qu'en plus de soumettre des observations écrites, les entreprises auront l'occasion, au cours de la procédure, de partager verbalement leur point de vue auprès de la Commission. Plus encore, il est précisé que les auditions sont conduites en toute indépendance (EUMR, exéc., article 15(1)) et que les tiers pourront être entendus (EUMR exéc., article 16(1)).

Par ailleurs, en vertu du FSR, l'entreprise bénéficie d'un droit d'accès au dossier (FSR, article 42(4)) qui ne s'étend pas aux informations confidentielles ou aux documents internes de la Commission, des États membres (idem dans l'EUMR exéc., article 17(3)) ou des pays tiers. Il est prévu que la Commission donne accès à tous les documents figurant dans son dossier, non expurgés pour des raisons de confidentialité, selon des conditions de divulgation qu'elle définit elle-même. Si pour éviter de porter préjudice au fournisseur d'information, la Commission décide de ne pas accorder l'accès à certains documents (FSR exéc., article 20(5)), elle peut tout de même demander à celui-ci d'établir une version non confidentielle pour l'entreprise (FSR, exéc., article 20(7)).

Afin de trouver un juste équilibre entre les intérêts en présence, la Commission donne accès aux documents à un nombre limité de conseils juridiques et économiques et d'experts techniques désignés et engagés par l'entreprise, lesquels peuvent demander certaines dérogations. Ils peuvent présenter une demande motivée d'accès à une version non confidentielle d'un document, ainsi qu'une requête d'extension des conditions de divulgation à des experts supplémentaires (FSR exéc., article 20(6)) pour veiller à ce que l'entreprise puisse exercer ses droits de la défense de manière effective (FSR exéc., article 20(8)).

²⁰⁶ Règlement (UE) n°2023/914 du 20 avril 2023, concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et abrogeant le règlement (CE) no 802/2004 de la Commission (JO L 119, 5.5.2023, p. 22–102).

Si l'importance des droits de la défense et du droit d'accès au dossier²⁰⁷ a été consacrée par la Cour de Justice en matière de concentrations et d'aides d'État, en tant que « *principe fondamental du droit communautaire* »²⁰⁸, il existe tout de même des situations dans lesquelles on refuse l'accès généralisé à certains types de documents²⁰⁹.

Le règlement relatif aux subventions étrangères ne se limite pas à impliquer les entreprises au cours de la procédure, puisqu'il accorde une importance particulière à la protection des informations de l'entreprise.

B) Vers une préservation accentuée des informations des entreprises

Le droit d'accès aux éléments de preuve n'est pas illimité et ne doit pas s'exercer au détriment de la protection des informations confidentielles²¹⁰. La nécessité de protéger les informations confidentielles dans les opérations de concentration est un principe qui a notamment été consacré par le réseau international de la concurrence (ICN)²¹¹.

En ce qui concerne la protection des informations confidentielles, l'article 43 du règlement relatif aux subventions étrangères est calqué sur l'EUMR (EUMR, article 17) en ce qu'il encadre le champ d'utilisation des informations recueillies. Celles-ci ne peuvent être utilisées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été acquises et les informations couvertes par l'obligation de secret professionnel et de secret d'affaires ne peuvent pas être divulguées. À ce titre, la Commission exige des fournisseurs d'information qu'ils identifient les documents, qui, selon eux, contiennent des informations confidentielles et qu'ils élaborent des demandes de protection des secrets d'affaires assortis d'une description concise et non confidentielle de chaque information supprimée (FSR exéc., article 19).

Néanmoins, le FSR se distingue de l'EUMR en matière de publication de décisions, puisqu'il ne permet pas à la Commission de publier les notifications de concentrations et la clôture de la phase préliminaire d'enquête. Il s'agissait selon la Commission, d'un choix délibéré de la part des colégislateurs qui étaient conscients que la publication des notifications de concentration pouvait mener à divulguer des informations particulièrement sensibles relatives aux contributions financières étrangères²¹².

²⁰⁷ CJUE, arrêt du 16 janvier 2019, *Commission européenne contre United Parcel Service*, affaire C-265/17, ECLI:EU:C:2019:23, (point 30).

²⁰⁸ CJCE, arrêt du 8 février 2007, *Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-3/06 P, ECLI:EU:C:2007:88, (point 68).

²⁰⁹ CJUE, arrêt du 28 juin 2012, *Commission contre Éditions Odile Jacob*, affaire C-404/10, ECLI:EU:C:2012:393 (point 121).

²¹⁰ OCDE, Accès aux pièces et protection des informations confidentielles - Note de référence, Direction des affaires financières et des entreprises (Comité de la concurrence), DAF/COMP/WP3(2019)6, 2019, (page 13).

²¹¹ ICN Recommended practices for merger notification and review procedures, 2002-2008, (pages 26, 29).

²¹² Commission européenne, FSR brief, Issue 1, February 2024, Luis MOSCOSO, Iveta STOYANOVA, ISBN 978-92-68-12950-0, ISSN: 2812-0485 (page 2).

Conformément à l'article 40 du FSR, il est donc prévu que la Commission publie un résumé des décisions adoptées à l'issue de la phase d'enquête approfondie, en tenant dûment compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires et autres informations confidentielles soient protégés. Ainsi, lorsque la Commission conclut qu'il n'existe pas suffisamment d'éléments pour ouvrir une enquête approfondie, elle clôt l'examen préliminaire en informant l'entreprise concernée ainsi que les États membres ayant envisagé ou engagé une procédure nationale pertinente (FSR, article 10(4)).

Si le nouvel instrument s'inspire du droit des aides d'État, il s'en éloigne en matière de garanties procédurales et se rapproche davantage du contrôle des concentrations — lequel offre une protection plus favorable aux entreprises —. Néanmoins, en matière d'engagements, les entreprises impliquées dans des opérations de concentration font face à de nouvelles difficultés.

Paragraphe 2 : L'attention supplémentaire apportée aux engagements, affaiblie par l'aspect abstrait de certaines dispositions

Le contrôle des concentrations n'est pas un processus binaire dans lequel les opérations sont soit acceptées, soit bloquées, au contraire, celles-ci soulèvent parfois des problèmes anticoncurrentiels qui peuvent être résolus par des engagements²¹³ ou « *remèdes* »*.

Il est important de préciser que dans l'outil de notification *ex ante* du FSR, la Commission ne peut pas adopter une décision assortie de mesures réparatrices, car seuls les engagements proposés par les entreprises feront l'objet d'une décision (voir le tableau reproduit *infra*)²¹⁴. Nous verrons d'abord dans quelle mesure parmi les multiples engagements proposés dans le règlement, certains n'apparaissent pas adaptés au droit des concentrations (A), avant d'évoquer les principales difficultés procédurales engendrées par le nouveau règlement (B).

²¹³ P. BOUGETTE, *Négociation d'engagements en matière de concentrations: une perspective d'économiste*, *Revue internationale de droit économique*, 2011, 4.

* À noter : selon P. BOURGETTE (Ibid.) la terminologie « *remèdes* », est issue de la littérature économique anglo-saxonne et désigne une solution économique visant à résoudre les doutes concurrentiels soulevés par l'autorité de concurrence.

²¹⁴ L. HORNKHOL, *The EU Foreign subsidies regulation's impact on M&A* (page 9), *White paper: How will the new EU Foreign Subsidies Regulation work?*, 2023, Wolters Kluwer, Kluwer Competition Law.

Tableau. Panel des décisions susceptibles d’être adoptées par la Commission en vertu du règlement relatif aux subventions étrangères.

	<i>Ex-officio</i> tool	Concentration tool
No-objection decision	x	x
Commitment decision	x	x
Decision with redressive measures	x	
Prohibition decision		x

A) La diversité des engagements susceptibles d’être proposés, en rupture avec leur adaptabilité en matière de concentrations

Tout d’abord, il est important de préciser qu’en matière de concentrations les engagements — tant structurels que comportementaux²¹⁵ — ont pour objectif de garantir des structures de marché compétitives²¹⁶ puisque, selon la Cour : « *on ne saurait accepter l’émergence de ce genre de situations [le renforcement de structures de marché susceptibles d’entraver significativement la concurrence effective] sous prétexte que les entreprises concernées s’engagent à ne pas abuser de leur position dominante* »²¹⁷.

Bien que la Commission européenne fournisse régulièrement des analyses des types d’engagements susceptibles d’éliminer les préoccupations concurrentielles, dans ses publications (communications, competition policy brief²¹⁸, etc.), peu de détails sont fournis dans l’EUMR en tant que tel. Au contraire, le FSR établit une liste non exhaustive de formes d’engagements et de mesures réparatrices (voir le tableau *infra*) susceptibles d’être acceptés.

²¹⁵ CJCE, arrêt du 15 février 2005, *Commission des communautés européennes contre Tetra Laval*, affaire C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87, (point 86).

²¹⁶ Commission européenne, Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, 22.10.2008, (2008/C 267/01), (page 4).

²¹⁷ Trib. UE, arrêt du 25 mars 1999, *Gencor Ltd contre Commission des communautés européennes*, affaire T-102/96 (point 317).

²¹⁸ À titre d’exemple, le Competition policy brief n°3/2023 détermine les types d’engagements et mesures réparatrices dans le secteur de l’édition de livres (page 15).

Tableau. Synthèse des engagements et mesures réparatrice listés par l'article 7(4) du règlement relatif aux subventions étrangères.

L'octroi d'un accès, à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, à des infrastructures, y compris des installations de recherche, des capacités de production ou des infrastructures essentielles, qui ont été acquises grâce aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, ou qui ont bénéficié de ces dernières, à moins qu'un tel accès ne soit déjà prévu par la législation de l'Union.	La publication des résultats de la recherche et du développement.
	La cession de certains actifs.
Une réduction de capacités ou de la présence sur le marché, y compris au moyen d'une restriction temporaire de l'activité commerciale.	L'obligation, pour les entreprises, de dissoudre la concentration concernée.
L'interdiction de certains investissements.	Le remboursement de la subvention étrangère, assorti d'un intérêt approprié, calculé conformément à la méthode définie dans le règlement (CE) no 794/2004 de la Commission.
L'octroi de licences à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires pour les actifs acquis ou développés à l'aide de subventions étrangères.	L'obligation, pour les entreprises concernées, d'adapter leur structure de gouvernance.

Malgré la diversité des remèdes proposés par le règlement, certains auteurs s'accordent à dire que la plupart d'entre eux ne sont pas adaptés dans le contexte du FSR. À titre d'exemple, la cession d'actifs est un engagement que l'on retrouve fréquemment dans le contrôle des concentrations, mais il ne semble pas pertinent dans le contexte des subventions étrangères à moins que celles-ci ne soient particulièrement concentrées dans un domaine d'activité particulier²¹⁹.

Idem pour le remboursement d'une subvention étrangère faussant le marché intérieur (qui s'inspire de la notion de récupération d'aide illégale en droit des aides d'État) qui pourrait être difficilement réalisable dans un contexte de concentration d'entreprises²²⁰, notamment si la subvention ne tend pas en priorité à faciliter l'acquisition concernée, mais seulement à soutenir plus généralement les opérations commerciales d'une entreprise²²¹.

Néanmoins, les engagements tenant à l'octroi d'un accès à certaines infrastructures acquises grâce aux subventions étrangères, ou la publication des résultats de R&D pourrait faire bénéficier aux entreprises concurrentes des effets bénéfiques de la subvention étrangère.

Pour autant, Morris SCHONBERG explique que les engagements structurels et comportementaux listés dans le FSR semblent plus appropriés dans l'examen *ex officio* puisque la Commission conduit une enquête sur les effets au sens large des distorsions de concurrence dans le marché causés par une subvention étrangère tandis que dans les notifications *ex ante*,

²¹⁹ J. MODRALL, *The EU Foreign subsidies regulation's impact on M&A* (page 12), White paper: How will the new EU Foreign Subsidies Regulation work?, 2023, Wolters Kluwer, Kluwer Competition Law.

²²⁰ Ibid.

²²¹ A. REINDL, I. VAN DAMME, The EU Foreign Subsidies Regulation, Concurrences, 2024, (page 108).

l'enquête est plus spécifique et se limite à la concentration concernée²²². Et si en fin de compte, la Commission prend en considération les effets sur le marché, cela pose la question de savoir comment l'évaluation de ces effets et des engagements requis sera mise en œuvre sans pour autant, empiéter sur le contrôle des concentrations susceptible d'être conduit en parallèle. L'auteur propose de s'éloigner de la conception du règlement n°139/2004 de l'entrave significative à la concurrence associée au bien-être du consommateur, et de tendre vers un critère tenant aux « *effets sur les concurrents* ».

Non seulement, certains remèdes semblent peu adaptés à l'examen des acquisitions subventionnées, mais le nouveau règlement insère des différences procédurales qui pourraient compliquer l'élaboration d'engagements.

B) Les désagréments procéduraux causés par le nouveau règlement à l'égard des engagements

Contrairement au règlement relatif aux concentrations où les engagements doivent être communiqués dans un délai de vingt jours ouvrables à compter de la date de réception de la notification (EUMR exéc., article 19(1)), le règlement d'exécution du FSR prévoit que les engagements doivent être soumis à la Commission au plus tard soixante-cinq jours ouvrables à compter de la date d'ouverture de l'enquête approfondie²²³ (FSR exéc., article 13(1)). Ainsi, dans ces conditions, il y a plus de chances que l'examen préliminaire soit en quelque sorte « *manichéen* »*, en ce qu'il ne pourrait pas aboutir à une décision assortie d'engagement, celle-ci ne pouvant avoir lieu qu'à l'issue de la phase d'enquête approfondie. À l'inverse, on pourrait penser que ce délai laisse plus de temps aux entreprises pour élaborer des engagements, lesquels doivent être substantiels puisqu'ils sont proposés à l'issue d'une enquête approfondie. Il est à noter que la Commission peut, dans des circonstances exceptionnelles, tenir compte des engagements même s'ils ont été offerts après l'expiration du délai (FSR exéc., article 13(3)).

Par ailleurs, lorsque la Commission accepte les engagements présentés par l'entreprise, elle les rend contraignants et ceux-ci feront l'objet d'un suivi. La Commission peut sanctionner le non-respect d'engagements d'une amende de 10% du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent ainsi que d'une astreinte de 5% du chiffre d'affaires journalier moyen

²²² M. SCHONBERG, *The EU Foreign Subsidies Regulation: Substantive Assessment Issues and Open Questions*, EStAL 2/2022, (pages 151-152).

²²³ P. BELMIN, V. BRIDOUX, L. DAMELET, V. GODEFROOD-BERRA, M. LANDREAU, F. MARTY, *Dossier Règlement "Subventions étrangères" : Explicitation et réflexion à destination des entreprises et des praticiens du droit pour une application "clé en main"*, Concurrences N°4-2023, (pages 13 et 27).

* À noter : le manichéisme est une doctrine religieuse fondée sur la coexistence et l'antagonisme du bien et du mal (CNRTL). Une appréciation manichéenne est dépourvue de toute nuance, alors que selon A. MALRAUX, « *Le grand intellectuel est l'homme de la nuance, du degré, de la qualité, de la vérité en soi, de la complexité* » (Espoir, 1937).

réalisé au cours de l'exercice précédent, par jour de non-exécution des engagements (FSR, article 17(5)).

Plus encore, la Commission peut même révoquer sa décision si les engagements s'avèrent inefficaces (FSR, article 18(1)(c)), ce qui n'est pas le cas dans le cadre de l'EUMR²²⁴. C'est pour ces raisons que les engagements doivent être proportionnés en plus de remédier effectivement et pleinement à la distorsion réelle ou potentielle causée par la subvention étrangère dans le marché intérieur (FSR, article 11(3)). Ainsi, les engagements doivent complètement éliminer les distorsions de concurrence, de la même manière que dans le cadre du contrôle des concentrations où ces mesures doivent « résoudre entièrement les problèmes de concurrence et être complets et efficaces à tous points de vue²²⁵ »²²⁶.

²²⁴ A. REINDL, I. VAN DAMME, The EU Foreign Subsidies Regulation, Concurrences, 2024, (page 106).

²²⁵ Trib. UE, arrêt du 14 décembre 2005, *General Electric Company contre Commission*, affaire T-210/01, ECLI:T:2005:456, (point 52) : arrêt dans lequel le Tribunal affirme qu'il appartenait aux parties de présenter des engagements complets et efficaces à tous points de vue, avant une certaine date.

²²⁶ Commission européenne, Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, 22.10.2008, (2008/C 267/01), (page 3).

SECONDE PARTIE

L'adjonction hasardeuse d'une strate supplémentaire au contrôle des concentrations

Tandis que certains auteurs en doctrine envisagent l'arrivée du règlement relatif aux subventions étrangères comme une nouvelle obligation de notification qui complète celle prévue par le règlement n°139/2004²²⁷, d'autres y voient au contraire une charge administrative et procédurale supplémentaire pour les transactions, lesquelles font désormais l'objet de trois régimes distincts (EUMR, FDI, FSR)²²⁸. Si comme l'affirme la CCCEU²²⁹, les inquiétudes sont multiples à l'égard de l'avènement d'un cadre juridique distinct et nouveau et du manque de sécurité juridique qui en découle, cela s'explique par la complexité législative que cet instrument ajoute aux transactions transfrontières (*cross-border transactions*) et les difficultés pratiques qui en découlent²³⁰.

Dans le premier chapitre, nous mettrons en exergue l'impact des imprécisions du nouveau règlement sur le contrôle des concentrations. Il s'agira de rendre compte dans quelle mesure cet instrument intègre de nouvelles notions au contrôle des concentrations, qui pour certaines empruntent à d'autres disciplines dont la pratique s'est stabilisée facilitant la compréhension de notions clés pour des entreprises qui n'y sont pas familières. Pour d'autres concepts, les ambiguïtés sont plus marquées et découlent d'une certaine hybridité des législations, mêlant du droit des aides d'État, ainsi que du droit international et européen de l'OMC. C'est pour cette raison que les praticiens ont du mal à appréhender cet instrument, car il est novateur en tout genre.

Par ailleurs, dans le second chapitre, nous analyserons et quantifierons de manière détaillée l'impact de cette strate supplémentaire sur le contrôle des concentrations. L'idée est de parcourir toutes les difficultés pratiques qui découlent de ce nouveau contrôle des concentrations subventionnées par des pays tiers. Néanmoins, il conviendra également de mettre en perspective lorsque cela est pertinent, les apports pratiques de ce nouvel instrument.

²²⁷ V. GODEFROOD-BERRA, M. LANDREAU, F. MARTY, *Dossier Règlement "Subventions étrangères" : Explication et réflexion à destination des entreprises et des praticiens du droit pour une application "clé en main"*, *Concurrences* N°4-2023.

²²⁸ R. VANDENDRIESSCHE et C. BUTS, *Closing the Regulatory Gap ? A case study on the Acquisition of a Semiconductor Producer under the EU Foreign Subsidies Regulation*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2024, Vol. 15, No. 2 (page 124).

²²⁹ Contribution de la CCCEU à la consultation publique sur la proposition de règlement d'exécution, 6 mars 2023, L. LIANG (page 1).

²³⁰ T. YALCIN, *Additional regulatory layer for mergers and acquisitions transactions proposed by the new Foreign Subsidies Regulation (FSR) of the EU*, *Company Lawyer*, 2023, 44(3).

CHAPITRE 1

La *nébulosité de certaines notions engendrant des insécurités juridiques**

Catherine BERGEAL déplorait le manque d'enseignement spécialisé en matière de rédaction de normes législatives et a, pour cette raison, publié un manuel de légistique²³¹. Si la légistique est selon Gérard CORNU, la science de la composition des lois et l'étude systématique des méthodes de rédaction des textes des lois²³², l'intelligibilité en est une composante. C'est dans cet esprit que s'inscrit le mouvement européen « *Mieux légiférer* », qui, depuis le Conseil européen d'Édimbourg de 1992 met en exergue la nécessité de simplifier les lois, les rendre plus claires et compréhensibles²³³. C'est notamment en 2012, lors de questions parlementaires adressées à la Commission que le souci d'intelligibilité a été soulevé, invitant ladite institution à s'exprimer sur la prise en considération des exigences de clarté et de concision dans l'élaboration du droit européen²³⁴. L'ex-président de la Commission européenne, José Manuel Durão BARROSO a ainsi déclaré que l'intelligibilité du droit de l'Union demeure la condition essentielle de son application et que les entreprises de l'Union ont droit à un environnement réglementaire clair et à une sécurité juridique maximale²³⁵. Pour autant, de nombreuses notions restent entachées d'imprécisions, c'est pour cette raison que la

* À noter : par « *nébulosité* », il est fait référence à ce qui manque de clarté, ce qui est dénué de précision (CNRTL).

²³¹ C. BERGEAL, Manuel de légistique, Berger Levrault, 9^e édition, 2022, (pages 16-17).

²³² Ibid.

²³³ Op. cit. C. BERGEAL, Manuel de légistique, (page 11).

²³⁴ Question avec demande de réponse écrite E-006064/2012 à la Commission, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2012-006064_FR.html.

²³⁵ Réponse de J. M. D. BARROSO, 25.7.2012, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2012-006064-ASW_FR.html.

CCCEU a demandé à la Commission de clarifier au plus vite la réglementation actuelle sur les subventions étrangères pour garantir plus de sécurité juridique dans un environnement commercial « *already volatile* » (*déjà instable*)²³⁶.

Dans ce contexte, nous étudierons en priorité les imprécisions et ambiguïtés qui gravitent autour de la notion de subvention étrangère (**Section 1**), et de celle de distorsion dans le marché intérieur (**Section 2**). Ces critères sont nouveaux pour les entreprises familiales avec le droit européen des concentrations, puisqu'ils relèvent davantage du droit des aides d'État ou encore du droit de l'OMC.

²³⁶ Contribution de la CCCEU à la consultation publique sur la proposition de règlement d'exécution, 6 mars 2023, L. LIANG (page 20).

Section 1 — Le dédoublement lexical et conceptuel de la notion de subvention étrangère

On remarque que dans le cadre du règlement n°2022/2560, une distinction est faite au sein même de la définition de subvention étrangère puisque l'article 3(1) est rédigé comme suit :

« Aux fins du présent règlement, une subvention étrangère est réputée exister lorsqu'un pays tiers octroie, directement ou indirectement, une contribution financière qui confère un avantage à une entreprise exerçant une activité économique dans le marché intérieur et qui est limitée, en droit ou en fait, à une ou plusieurs entreprises ou à un ou plusieurs secteurs » [nous soulignons].

Ainsi, dans l'examen *ex officio* la Commission enquête sur les subventions en vérifiant que la contribution financière examinée constitue bien une subvention étrangère (FSR, article 10(1)), et dans la notification *ex ante* des concentrations, la Commission exige des entreprises qu'elles l'informent de toutes les contributions financières atteignant un seuil de 50 millions d'euros (FSR, article 20(3)(a)).

En effet, de la même manière qu'en droit des aides d'État, on parle de subvention étrangère lorsqu'une contribution financière est octroyée directement/ indirectement par un pays tiers (1) à une entreprise exerçant une activité économique dans le marché intérieur (2), et qu'elle lui confère un avantage (3). Pour ce qui est de la notion d'entreprise, on peut se référer à l'affaire *Höfner/ Elser* qui la définit en droit de la concurrence comme comprenant toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement²³⁷. Il ressort d'une jurisprudence constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné²³⁸. Enfin, pour ce qui est de l'octroi de la contribution par un pays tiers, le règlement ne se réfère pas aux ressources d'État comme le fait l'article 107 TFUE ainsi que la jurisprudence applicable²³⁹. En droit des aides d'État l'origine de l'aide se décompose en deux composantes distinctes²⁴⁰ : (1) l'octroi d'un avantage directement ou indirectement au moyen de ressources d'État et (2) l'imputabilité d'une telle mesure à l'État. La formulation employée dans le FSR se concentre davantage sur le lien entre l'octroi de la contribution et l'État tiers, plutôt que sur la question de savoir si l'aide financière peut être imputée aux ressources de l'État²⁴¹. Cela se justifie probablement par le fait qu'en droit anti-subvention, l'imputabilité à l'État est un critère qui se

²³⁷ CJCE, arrêt du 23 avril 1991, *Höfner/ Elser*, affaire C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, (point 21).

²³⁸ CJCE, arrêt du 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov et al. v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, affaires jointes C-180/98 et C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, (point 75).

²³⁹ CJCE, arrêt du 13 mars 2001, *PreussenElektra AG v Schleswag AG*, affaire C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160, (points 57–62)

²⁴⁰ Trib. UE, arrêt du 5 avril 2006, *Deutsche Bahn contre Commission*, affaire T-351/02, ECLI:EU:T:2006:104, (point 103).

²⁴¹ Op. cit. X. SU, *A Critical Analysis of the EU's Eclectic Foreign Subsidies Regulation: Can the Level Playing Field Be Achieved?* (page 78).

suffit à lui-même²⁴². C'est pour cette raison que le FSR s'éloigne du concept d'aide d'État pour se rapprocher de la définition de l'OMC, qui définit plus simplement la subvention, comme une assistance financière fournie par un État ou une entité publique conférant un avantage au bénéficiaire. Néanmoins, pour interpréter la notion d'imputabilité en vertu du FSR, on pourra se référer à l'affaire *Stardust Marine* qui, en matière d'aides d'État, peut être déduite d'un ensemble d'indices résultant des circonstances de l'espèce et du contexte dans lequel cette mesure est intervenue²⁴³.

Après avoir brièvement rappelé que la notion de subvention étrangère provient à la fois du droit des aides d'État et du droit anti-subvention, nous étudierons plus précisément dans quelle mesure la distinction entre les termes « *subvention* » et « *contribution financière* » (**Paragraphe 1**) ouvre la porte à une interprétation démesurément large affectant les notifications de concentration (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La distinction terminologique entre les notions de « *subvention* » et de « *contribution financière* »

Premièrement, la Commission européenne rappelle régulièrement que les informations qui doivent lui être notifiées portent sur les contributions financières étrangères et non pas sur les subventions étrangères puisqu'il s'agit de deux concepts différents dans le règlement²⁴⁴. En effet, le concept de subvention étrangère est plus circonscrit puisqu'il inclut seulement les contributions financières étrangères qui confèrent un avantage au bénéficiaire, et qui sont limitées en droit ou en fait à certaines entreprises et groupes d'entreprises (FSR, article 3(1)), ce qui peut être compliqué à démontrer en pratique²⁴⁵.

À titre indicatif, le règlement liste des exemples d'éléments constitutifs d'une contribution financière (FSR, article 3(2)) :

« a) un transfert de fonds ou de passifs, tels que des apports en capital, des subventions, des prêts, des garanties de prêts, des incitations fiscales, des compensations de pertes d'exploitation, des compensations de charges financières imposées par les pouvoirs publics, des annulations, une conversion de la dette en capital ou des rééchelonnements de dettes;

²⁴² Op. cit. L. HORNKHOL, *Protecting the Internal Market from Subsidisation with the EU State Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?*, (pages 12-13).

²⁴³ CJCE, arrêt du 16 mai 2002, *Stardust Marine (France contre Commission)*, affaire C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, (point 55-56) ; S. BLAZEK, J-C. HEGENER, *Substantive and Procedural Parallels and Overlaps Between Art ; 107, 108 TFEU and the (Draft) Regulation*, ZEuS 3/2022, DOI: 10.5771/1435-439X-2022-3-453, (page 457).

²⁴⁴ Commission européenne, FSR brief, Issue 1, February 2024, Luis MOSCOSO, Iveta STOYANOVA, ISBN 978-92-68-12950-0, ISSN: 2812-0485 (page 2).

²⁴⁵ U. SOLTÉSZ, *Commission dreams of hybrid creatures: new tools under the White Paper on foreign subsidies*, E.C.L.R. 41 (2020)/12 (pages 612-613).

b) un abandon de recettes normalement exigibles, telles que des exonérations fiscales ou l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs sans rémunération adéquate;

ou c) la fourniture ou l'achat de biens ou de services ».

Dans le **Chapitre 2** de cette seconde partie, nous étudierons plus précisément les conséquences pratiques découlant de la définition juridique des contributions étrangères, pour les entreprises et la Commission européenne.

Quant au présent paragraphe, nous verrons d'une part que la doctrine fait l'état d'une divergence terminologique expressément voulue (A), et d'autre part ce que cela implique en matière de *private equity* (B).

A) Un concept délibérément plus étroit que l'autre

Du fait de son caractère large, la notion de contribution financière suggère qu'elle n'a pas besoin d'être sélective, i.e. de conférer un avantage²⁴⁶. Pour qu'une concentration soit notifiable, il faut que l'ensemble des entreprises concernées reçoivent de manière cumulée 50 millions d'euros de contributions financières étrangères (FSR, article 20(3)(b)). Ce seuil a donc été envisagé exclusivement en fonction du montant, il exclut tout autre critère qualitatif, toute conséquence et tout effet de la contribution²⁴⁷.

Certains auteurs considèrent que la formulation de cette disposition a été délibérément choisie puisque la quantification d'un avantage n'est pas une tâche simple, c'est pourquoi la mobilisation d'un montant permet d'atteindre les seuils plus facilement²⁴⁸. Par exemple, le règlement considère que la fourniture ou l'achat de biens ou de services est constitutif d'une contribution financière, suggérant que les grands entrepreneurs de projets d'infrastructure pour des entités publiques, ou les négociants de matières premières achetées à des entités publiques (comme le pétrole) atteindront facilement le seuil²⁴⁹.

B) Les spécificités en matière de *private equity*

La circonstance selon laquelle le règlement définit la contribution financière de manière vaste en plus de prévoir un seuil relativement bas, implique qu'un grand nombre de transactions devront être notifiées. Il est d'autant plus probable que les informations requises ne soient pas

²⁴⁶ A. RIMSA, F-C LAPRÉVOTE, G. D'ANDREA, M. SIRAGUSA, A. COMINO, *The EU Commission proposes a far-reaching regulation to tackle foreign subsidies*, Concurrences, May 2021, Art. N° 101054.

²⁴⁷ Op. cit. T. BAUERMEISTER, *A tool to investigate M&A transactions with regard to foreign financial contributions* (page 483).

²⁴⁸ J. BLOCKX, *The proposal for an EU Regulation on foreign subsidies distorting the internal market How will it impact corporate mergers and acquisitions?*, (page 7), (draft version : 30 September 2021).

²⁴⁹ Ibid.

détenues de manière centralisée ni facilement accessibles²⁵⁰. Cela ne facilite pas la tâche des sociétés de capital-investissement (*private equity*), et sociétés de gestion d'actifs qui se trouvent dans l'obligation de notifier tout investissement provenant d'entités quasi gouvernementales comme les fonds souverains ou les fonds de pension du secteur public²⁵¹. Ces investissements pourraient être qualifiés de contributions financières, notamment dans le cas où un investissement *LP (Limited Partner)* est qualifié de transfert de fonds, ou encore que toute commission de gestion payée par un investisseur soit assimilée à un achat de services au sens de l'article 3(2)(c). Daniela WEERASINGHE expliquait que les fonds de capital-investissement et les gestionnaires d'actifs, seraient les premières victimes du règlement dans la mesure où ils dirigent un consortium d'investisseurs comprenant des co-investisseurs étrangers disposant de droits de contrôle²⁵².

Ce nouveau règlement introduit des exigences d'information supplémentaires pour les sociétés de capital-investissement car pratiquement toutes les transactions avec des autorités publiques de pays tiers et entreprises affiliées devront être déclarées (on pense notamment aux allègements fiscaux, aux transferts de fonds ou d'obligations tels que les injections de capitaux, les subventions, les prêts, les garanties de prêts, les remises de dettes et les contrats publics) alors que la plupart des investissements sont des « *standalone investments* »²⁵³.

Pour autant, le règlement d'exécution n°2023/1441 a prévu des exemptions qui s'avèrent nécessaires²⁵⁴. À l'annexe I (tableau 1 point 7) sont inscrites les exceptions prévues pour les contributions financières étrangères en matière de fonds d'investissement :

« 7. Dans le cas des prises de contrôle ou des créations d'entreprises communes effectuées par un fonds d'investissement ou par une entité juridique contrôlée par ou au travers d'un fonds d'investissement, vous ne devez pas inclure les contributions financières étrangères octroyées à d'autres fonds d'investissement gérés par la même société d'investissement mais avec des investisseurs qui, en termes de droits sur le bénéfice, sont majoritairement différents (ou octroyées à des sociétés de portefeuille contrôlées par ces autres fonds), à condition que vous puissiez démontrer que les conditions suivantes sont remplies de manière cumulative:

a) le fonds qui contrôle l'entité acquérante doit être soumis à la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs ou

²⁵⁰ T. McIVER, S. BRAÜER, A-M HEEMSOTH, K. ANDERSON & M. MACDONALD, *New European Union Foreign Subsidies Regulation Targets Inbound M&A Activity*, 27 M & A Law. NL 4, March 2023.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² D. WEERASINGHE, *The impact of the EU Foreign Subsidies Regulation on state-owned entities and sovereign wealth funds in Asia and the Middle-East*, White paper: How will the new EU Foreign Subsidies Regulation work?, 2023, Wolters Kluwer, Kluwer Competition Law.

²⁵³ SQUIRE PATTON BOGGS, *EU Foreign Subsidies Regulation – M&A implications for Private Equity*, Mai 2023, <https://www.squirepattonboggs.com/en/insights/publications/2023/05/eu-foreign-subsidies-regulation-m-and-a-implications-for-private-equity>.

²⁵⁴ LATHAM & WATKINS, *Foreign Subsidies Regulation: Key Updates for PE Deal Teams*, Juillet 2023, <https://www.lw.com/en/insights/foreign-subsidies-regulation-key-updates-for-pe-deal-teams>.

à une législation équivalente d'un pays tiers en ce qui concerne les règles prudentielles, organisationnelles et de conduite, y compris les exigences visant à protéger les investisseurs; et

b) les transactions économiques et commerciales entre le fonds qui contrôle l'entité acquérante et les autres fonds d'investissement (et les sociétés contrôlées par ces fonds) gérés par la même société d'investissement sont inexistantes ou limitées. À cet égard, vous devez fournir à la Commission la preuve de telles transactions économiques et commerciales qui auraient pu avoir lieu au cours des trois années précédant la conclusion de l'accord, l'annonce de l'offre publique d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle. Les transactions économiques et commerciales comprennent, sans s'y limiter, la vente d'actifs, y compris la propriété de sociétés, les prêts, les lignes de crédit ou les garanties » [nous soulignons].

Par ailleurs, la Commission européenne a précisé dans sa Q&A²⁵⁵ au point 23, que pour bénéficier des exceptions énoncées, les sociétés d'investissement doivent apporter la preuve que la législation étrangère comporte des garanties suffisantes pour empêcher les subventions croisées entre les différents fonds (y compris pour les sociétés de portefeuille).

Par exemple, la partie notifiante pourrait démontrer que la législation étrangère s'oppose au transfert de bénéfices de fonds vers le fonds de la société acquéreuse par le biais de réorganisations d'entreprises ou de transactions qui ne sont pas réalisées aux conditions normales du marché. Entre autres, la législation étrangère devrait inclure :

« (...) assurances concerning an adequate monitoring of cash flows and adequate internal control mechanisms, appropriate procedures for safe keeping and independent valuation of the funds' assets, transparency requirements vis-a-vis competent authorities and investors, measures to prevent or minimise conflicts of interest, an adequate risk management system, rules ensuring fair treatment of investors and provisions ensuring the active supervision of those funds by competent authorities ».

Enfin, en matière de fusions et d'investissements, la doctrine encourage les entreprises à définir clairement les projets de responsabilité, à choisir les projets d'investissement avec soin tout en tenant compte des éventuelles considérations politiques, à éviter les pressions financières excessives et enfin, à mettre au point des mécanismes de collecte d'informations en amont²⁵⁶.

En ce qui concerne les canaux de financement, Tianziran LI précise qu'il est nécessaire, de définir dès les phases de pré-négociation commerciale les éléments et montants du financement, de tenir des registres, d'établir des règles en matière de risque et de concevoir des plans prospectifs ainsi que des alternatives²⁵⁷. Si les conditions de marché s'avèrent moins favorables,

²⁵⁵ Commission européenne, Q&A [Questions-Réponses] sur le règlement subventions étrangères, https://competition-policy.ec.europa.eu/foreign-subsidies-regulation/questions-and-answers_en (point 23).

²⁵⁶ T. LI, *Legal Issues in the European Union's Anti-Cross Border Subsidy Measures: A Study*, 2nd International Conference on Management Research and Economic Development, DOI: 10.54254/2754-1169/83/20240713, 2024, (page 6).

²⁵⁷ Ibid (page 6).

il est important d'adapter les stratégies de financement de manière proactive en planifiant le retrait de cote et la conservation de fonds d'investissement.

Après avoir détaillé la distinction qui est faite entre le concept de contribution financière et celui de subvention, nous analyserons maintenant les complexités ainsi que les risques qui découlent du second seuil (concernant les contributions financières étrangères).

Paragraphe 2 : L'identification des contributions financières étrangères, un critère démesurément large et complexe à appréhender pour les entreprises

Au sein du présent paragraphe, nous étudierons de manière pragmatique les conséquences néfastes découlant de la formulation du critère de contribution financière étrangère et de la délimitation du seuil applicable. Il est important de noter que le chapitre suivant (**Seconde partie, Chapitre 2**) porte en partie sur l'étude des seuils, et afin d'éviter d'éventuelles répétitions, nous n'y aborderons que les seuils du règlement d'exemption, lesquels visent à mieux encadrer la notion de contribution financière (voir la partie **(B)** intitulée « *Le seuil de minimis et les exceptions prévues pour réduire le nombre de notifications* »).

En plus de constituer une tâche dite « *herculéenne* », l'identification des contributions étrangères est difficile à appréhender car certaines d'entre elles feront probablement l'objet de longs débats auprès des juridictions, comme ça a été le cas dans certaines affaires d'aides d'État en matière d'exonérations fiscales²⁵⁸ et de prix préférentiels²⁵⁹.

Concernant le présent paragraphe, nous verrons d'abord dans quelle mesure la doctrine interroge l'effectivité et la proportionnalité de ces seuils au regard des opérations de concentration **(A)**, avant de détailler les difficultés tenant au manque de visibilité qu'une entreprise peut avoir à l'égard de ses transactions, celles de ses filiales, etc. **(B)**.

A) Une « *catch-all approach* »* menaçant les opportunités de transactions et d'investissements

Il est incontestable, du moins dans la doctrine, que la notion de contribution financière étrangère demeure large et imprécise²⁶⁰, impliquant *de facto* un travail de notification non

²⁵⁸ U. SOLTÉSZ, *Foreign subsidies Control : A Bureaucratic Monster ?* European State Aid Law Quarterly, Vol. 22 (2023) Issue 2 (page 177).

²⁵⁹ C. SCHOLKE, A. GAYK und P. TRAPP, Düsseldorf, *Verordnung über wettbewerbsverfälschende Subventionen aus Drittstaaten - Neue Hürden für M&A Deals?* NZKart (Neue Zeitschrift für Kartellrecht) 11/2022 (page 627).

* À noter : cette expression provient de l'article de U. SOLTÉSZ, *Foreign subsidies Control : A Bureaucratic Monster ?* (page 176).

²⁶⁰ N. C. RODRIGUES, *Foreign Subsidies : An overview of EU and national case law*, 5 avril 2024, Concurrences, Art. N° 116825.

seulement important mais également onéreux²⁶¹. D'autant plus que, dans le formulaire FS-CO il est exigé des entreprises qu'elles fournissent les informations suivantes (FSR exéc., annexe I, section 5) pour les contributions financières étrangères égales ou supérieures à 1 million d'euros :

« 5.2. Pour chacune des contributions financières étrangères d'un montant égal ou supérieur à 1 000 000 EUR qui ont été octroyées individuellement à chacune des parties à la concentration au cours des trois années précédant la conclusion de l'accord, l'annonce de l'offre publique d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle et qui sont susceptibles de relever de l'une des catégories visées à l'article 5, paragraphe 1, points a) à d), du règlement (UE) 2022/2560, veuillez fournir les informations suivantes ainsi que des documents justificatifs:

5.2.1. Forme de la contribution financière (par exemple, prêt, exonération fiscale, injection de capital, incitation fiscale, apports en nature, etc.).

5.2.2. Pays tiers qui octroie la contribution financière. Veuillez également indiquer le pouvoir public ou l'entité d'octroi.

5.2.3. Montant de chaque contribution financière.

5.2.4. Finalité et justification économique de l'octroi de la contribution financière à la partie notifiante.

5.2.5. Existence ou non de conditions dont sont assorties la contribution financière et son utilisation.

5.2.6. Décrivez les principaux éléments et caractéristiques de ces contributions financières (par exemple, les taux d'intérêt et la durée dans le cas d'un prêt).

5.2.7. Veuillez préciser si la contribution financière confère un avantage au sens de l'article 3 du règlement (UE) 2022/2560 à l'entreprise à laquelle la contribution financière étrangère a été octroyée ou à toute autre partie à la concentration (11). Veuillez expliquer pourquoi, en vous référant aux documents justificatifs fournis à la section 8.

5.2.8. Veuillez préciser si la contribution financière est limitée en droit ou en fait, au sens de l'article 3 du règlement (UE) 2022/2560, à certaines entreprises ou certains secteurs (12). Veuillez expliquer pourquoi, en vous référant aux documents justificatifs fournis à la section 8 » [nous soulignons].

À la lecture de cet extrait, on remarque que les entreprises doivent préciser les finalités de la contribution financière et préciser si celle-ci confère un avantage à l'entreprise bénéficiaire (points 5.2.4. et 5.2.7.). Il ne s'agit donc pas simplement d'une identification mécanique des

²⁶¹ K. FOUNTOUKAKOS, L. VAN DEN HENDE, M. SCHONBERG, *The EU Council adopts the Foreign Subsidies Regulation and the Commission schedules publication of the draft implementing regulation for the start of 2023*, 2022, Concurrences, Art. N° 110272.

contributions puisque les entreprises devront se renseigner sur chacune d'entre elles et entamer le travail de qualification/ d'appréciation que la Commission continuera par la suite lors de l'enquête.

En ce qui concerne la période concernée, le Livre blanc prévoyait initialement que les contributions financières étrangères reçues dans les trois années précédant l'accord et dans l'année suivant le deal étaient pertinentes²⁶². Néanmoins, lors de la consultation publique conduite par la Commission européenne, plusieurs parties prenantes ont affirmé que les contributions intervenant un an après l'accord n'étaient pas objectivement quantifiables puisque certaines d'entre elles ne seraient pas encore connues de l'acquéreur au moment de l'accord²⁶³. Il s'agirait en effet d'un critère qui ne fournirait pas de prévisibilité aux parties quant à la notifiabilité de la concentration²⁶⁴. Même la période de trois ans précédant l'accord a été remise en cause par certaines parties prenantes qui la considéraient trop étendue, avançant qu'une seule année serait suffisante²⁶⁵.

Finalement, seule la période de trois ans précédant l'accord a été retenue dans la version finale (FSR, article 19 — FSR exéc., annexe I, tableau 1).

Plus encore, certaines parties prenantes s'interrogent sur l'effectivité et la proportionnalité des seuils qui placent une charge administrative trop importante sur les opérateurs économiques et sur la Commission²⁶⁶. Ce seuil quantitatif requiert de la part de l'entreprise notificante d'évaluer le montant et la valeur de chaque contribution financière, ce qui peut être difficile en pratique, alimentant ainsi une insécurité juridique²⁶⁷. Cette approche risque même d'affecter les opportunités d'investissement dans le marché intérieur, plaçant les entreprises étrangères dans une situation désavantageuse²⁶⁸.

Il n'est pas aisé d'identifier des contributions financières étrangères, ni de les qualifier, d'autant plus lorsqu'une concentration concerne des multinationales aux structures organisationnelles complexes.

²⁶² Op. cit. Commission européenne, Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, (page 28).

²⁶³ Contribution du cabinet d'avocats McMillan à la consultation sur le Livre blanc, 23 septembre 2020, N. CAMPBELL et W. WU (page 9).

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ Contribution de la City of London Law Society (CLLS) à la consultation sur le Livre blanc, 23 septembre 2020, (page 18).

²⁶⁶ Contribution du gouvernement néerlandais à la consultation sur le Livre blanc, non daté, (page 5).

²⁶⁷ Op. cit. Contribution de la City of London Law Society (CLLS) à la consultation sur le Livre blanc, (page 17).

²⁶⁸ Contribution du cabinet d'avocats Clifford Chance, à la consultation sur le Livre blanc, Septembre 2020, (page 11).

B) La visibilité limitée d'une partie sur les opérations de l'autre entreprise

Par ailleurs, le champ d'application des contributions financières concerne, comme nous l'avons déjà évoqué, toutes les entreprises et ne se limite pas à l'acquéreur (FSR, article 20(3)(b)). Il s'agit d'un élément qui a été critiqué par les praticiens qui faisaient notamment valoir qu'il suffisait d'envisager de rendre notifiables les acquisitions subventionnées, i.e. les acquéreurs soutenus par des subventions étrangères, sans cibler l'ensemble des parties²⁶⁹.

Lors de la consultation publique portant sur la proposition de règlement d'exécution, le cabinet d'avocats Cleary Gottlieb a soulevé la difficulté tenant au manque de visibilité qu'une entreprise pourrait avoir à l'égard de la structure de contrôle ou de direction de la partie avec laquelle elle réalise une transaction²⁷⁰. En effet, ce risque est d'autant plus important lorsqu'il s'agit d'une grande entreprise multinationale ou d'un fonds d'investissement important possédant un nombre élevé de filiales ou d'entreprises en portefeuille²⁷¹. Enfin, la collection d'informations sur les contributions financières étrangères sera d'autant plus ardue en raison de la complexité de la structure de certains groupes d'entreprises et des juridictions dans lesquelles ceux-ci opèrent. C'est pour cette raison que les entreprises devraient commencer à anticiper la récolte et la classification des informations financières pertinentes²⁷².

²⁶⁹ Op. cit. C. SCHOLKE, A. GAYK und P. TRAPP, *Verordnung über wettbewerbsverfälschende Subventionen aus Drittstaaten - Neue Hürden für M&A Deals?* (page 627).

²⁷⁰ Contribution du cabinet d'avocats Cleary Gottlieb à la consultation sur la proposition de règlement d'exécution, Mars 2023, (page 3).

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Op.cit. J. MODRALL, *The EU Foreign subsidies regulation's impact on M&A* (page 11).

Section 2 — La complexité entachant la démonstration d'une distorsion dans le marché intérieur

Conformément à l'article 4(1) du FSR, une distorsion est réputée exister :

« (...) lorsqu'une subvention étrangère est de nature à renforcer la position concurrentielle d'une entreprise dans le marché intérieur et lorsque, ce faisant, cette subvention étrangère affecte réellement ou potentiellement la concurrence dans le marché intérieur » [nous soulignons].

Par cette idée de position concurrentielle renforcée, le règlement fait non seulement référence au fait que la subvention aide directement l'entreprise à acquérir une part de marché plus élevée, mais aussi au fait qu'elle lui permet d'obtenir un avantage concurrentiel plus important que celui dont elle aurait bénéficié sans cette subvention²⁷³. Il s'agit d'ailleurs d'une notion qui relève substantiellement du droit des aides d'État²⁷⁴.

Dans le cadre des concentrations, une subvention peut avoir des effets de distorsion si elle permet à l'entreprise subventionnée de payer un prix excessif pour acquérir la cible et si de ce fait, des concurrents plus efficaces sont évincés du processus d'acquisition²⁷⁵. L'accès à un financement important à faible coût peut placer une entreprise dans une position de force d'un point de vue économique qui lui permet d'accéder plus facilement aux technologies de pointe ou encore de poursuivre des stratégies de prix bas qui ne sont pas fondées sur des conditions équitables en matière de coûts entre les concurrents²⁷⁶.

De manière générale, la démonstration d'une distorsion dans le marché intérieur s'évalue au regard de plusieurs indicateurs (FSR, article 4(1)) : a) le montant de la subvention étrangère; b) la nature de la subvention étrangère; c) la situation de l'entreprise, notamment sa taille, et des marchés ou secteurs concernés; d) le niveau et l'évolution de l'activité économique de l'entreprise dans le marché intérieur; e) la finalité de la subvention étrangère, les conditions qui y sont liées et l'utilisation qui en est faite dans le marché intérieur. Ces indicateurs ne sont pas directement issus du droit des aides d'État ou du droit de l'OMC, ils apparaissent davantage *sui generis*, en ce qu'ils cherchent à : « *assessing proxies for actual and likely effects, rather than directly assessing those actual and likely effects themselves* »²⁷⁷.

²⁷³ Z. LIYING, *The European Union's New Anti-subsidy Policy as per the Regulation on Foreign Subsidies* (2022), *Journal of WTO and China*, Volume 13, Issue 2, 2023, (page 41).

²⁷⁴ CJUE, arrêt du 15 mai 2019, *Achema e.a.*, affaire C-706/17, ECLI:EU:C:2019:407, (point 83) :

« (...) sont considérées comme des aides d'État les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises ou qui doivent être considérées comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché » [nous soulignons].

²⁷⁵ CLEARY GOTTLIEB, Memorandum, *EU Foreign Subsidies Regulation Takes Effect and Filing Forms Adopted*, 2023, (page 4).

²⁷⁶ Ibid (page 4).

²⁷⁷ Op. cit. M. SCHONBERG, *The EU Foreign Subsidies Regulation: Substantive Assessment Issues and Open Questions*.

Dans le corps de cette section, nous étudierons le test d'appréciation de la distorsion qui s'effectue en deux temps : il s'agira d'abord de détailler la caractérisation de la distorsion (**Paragraphe 1**), avant de mettre en perspective les éventuels effets positifs de la concentration subventionnée (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La caractérisation la distorsion induite par la subvention étrangère

En principe, les subventions étrangères ne sont pas prohibées, mais elles le deviennent si elles induisent une distorsion dans le marché intérieur²⁷⁸. Cette formulation se rapproche de l'idée selon laquelle les aides d'État ne sont pas interdites *per se* mais elles sont en principe incompatibles avec le marché intérieur, sauf si elles sont susceptibles d'être appréhendées par une des dérogations prévues par les traités (TFUE, article 107(1)). L'incompatibilité de principe est tout de même plus souple que l'interdiction de principe. Plus encore, cette formulation fait écho aux règles européennes de concurrence sur la position dominante, puisque selon la CJUE, celle-ci n'est pas interdite *per se*, à moins qu'elle ne soit abusive :

« (...) tandis que l'article 101 TFUE interdit les accords et les pratiques qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence « à l'intérieur du marché intérieur », l'article 102 TFUE prohibe l'exploitation abusive d'une position dominante « sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci »²⁷⁹ [nous soulignons].

Au sein du présent paragraphe, nous verrons dans quelle mesure la caractérisation de la distorsion s'inspirant du droit des aides d'État complexifie la tâche pour les opérations de concentration (**A**). Puis, dans un second temps, nous évoquerons la classification des subventions les plus susceptibles de créer des distorsions dans le marché intérieur, qui tend à faciliter l'analyse pour les entreprises (**B**).

A) Le choix d'une nomenclature *relativement proche du droit des aides d'État**

En effet, une partie de la doctrine décèle un héritage du droit des aides d'État dans la caractérisation d'une subvention créant une distorsion dans le marché intérieur. La définition-même de distorsion, se rapprocherait davantage des critères du droit des aides d'État que du

²⁷⁸ L. DAMELET, *Règlement européen relatif aux subventions étrangères*, Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, Art. N° 107803.

²⁷⁹ CJUE, arrêt du 6 septembre 2017, *Intel contre Commission*, affaire C-413/14, ECLI:EU:C:2017:632, (point 42).

* À noter : par l'emploi du terme « *relativement* », on entend « *de manière relative/ approximative* » (CNRTL).

droit des pratiques anticoncurrentielles²⁸⁰. Bien que l'emploi de l'expression « affecte réellement ou potentiellement la concurrence dans le marché intérieur » fasse écho à une analyse antitrust, on ne la retrouve pas par la suite puisqu'elle est remplacée par les formulations de « *distorsion du marché intérieur* » ou « *fausser le marché intérieur* » qui relèvent davantage d'une analyse « *aides d'État* »²⁸¹.

Pour autant, certains auteurs considèrent qu'il existe des incohérences entre la définition de distorsion du FSR et le droit des aides d'État. À titre d'exemple, le FSR ne mentionne pas le concept d'affectation des échanges entre États membres²⁸², qui est pourtant présent dans l'article 107(1) TFUE et régulièrement rappelé par la Cour de Justice dans sa jurisprudence²⁸³ :

« S'agissant de la deuxième condition, il convient de rappeler que, aux fins de la qualification d'une mesure nationale d'aide d'État, il y a lieu non pas d'établir une incidence réelle de l'aide en cause sur les échanges entre les États membres et une distorsion effective de la concurrence, mais seulement d'examiner si cette aide est susceptible d'affecter ces échanges et de fausser la concurrence (...) En particulier, lorsqu'une aide accordée par un État membre renforce la position d'une entreprise par rapport à celle d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, ces derniers doivent être considérés comme influencés par l'aide » [nous soulignons].

L'élaboration de la notion de distorsion dans le marché intérieur emprunte en partie au droit des aides d'État, et cela se confirme d'autant plus par la disposition du règlement envisageant des types de subventions incompatibles par nature avec le marché intérieur.

B) Les subventions presque incompatibles *per se* avec le marché intérieur

L'article 5(1) du FSR prévoit — de la même façon qu'en droit des aides d'État et en droit anti-subvention — des subventions répréhensibles par nature ou distorsives *per se*²⁸⁴, parmi lesquelles on trouve :

²⁸⁰ M. VIALLE, *Le règlement (UE) n° 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur - L'instauration d'un contrôle par la Commission européenne exercé sur les entreprises bénéficiant de subventions octroyées par des pays tiers créant des distorsions de concurrence au sein du marché intérieur*, *Revue des affaires européennes*, L.E.A. 2023/1, (page 163).

²⁸¹ Op. cit. L. IDOT, *Le règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur : un nouvel outil en droit de la concurrence*.

²⁸² Op. cit. L. HORNKHOL, *Protecting the Internal Market from Subsidisation with the EU State Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?*, (page 142).

²⁸³ CJUE, arrêt du 8 mai 2013, *Eric Libert*, affaires jointes C-197/11 et C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, (points 76-77).

²⁸⁴ Op. cit. M. SCHONBERG, *The EU Foreign Subsidies Regulation: Substantive Assessment Issues and Open Questions*.

- « a) une subvention étrangère octroyée à une entreprise en difficulté, à savoir une entreprise qui cesserait probablement ses activités à court ou à moyen terme en l'absence de subvention, sauf s'il existe un plan de restructuration à même de rétablir la viabilité à long terme de cette entreprise et assorti d'une contribution propre importante de cette dernière;
- b) une subvention étrangère sous la forme d'une garantie illimitée des dettes ou des passifs de l'entreprise, c'est-à-dire sans limite quant au montant ou à la durée de cette garantie;
- c) une mesure de financement à l'exportation qui n'est pas conforme à l'arrangement de l'OCDE sur les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public;
- d) les subventions étrangères facilitant directement une concentration;
- e) les subventions étrangères permettant à une entreprise de soumettre une offre indûment avantageuse grâce à laquelle elle pourrait se voir attribuer le marché ou la concession concerné ».

Si selon la Commission européenne, ces catégories ont été élaborées sur la base des aides d'État incompatibles avec le marché intérieur²⁸⁵, c'est peut-être le cas pour les garanties illimitées²⁸⁶, ainsi que les subventions octroyées aux entreprises en difficulté²⁸⁷, mais pas pour toutes. En effet, les aides au fonctionnement (*operating aids*) sont des aides incompatibles par nature selon le droit des aides d'État, et elles ne sont pourtant pas prévues par le FSR²⁸⁸. Les praticiens spécialisés en concentrations d'entreprise devront à la fois se référer au droit des aides d'État, sans se fonder exclusivement dessus pour tirer des conclusions à l'égard des concentrations subventionnées.

Lorsque la distorsion est caractérisée, la Commission procédera à une mise en balance des effets positifs de la concentration subventionnée avant de rendre une décision.

Paragraphe 2 : Une relativisation au regard des effets positifs de la distorsion

Après avoir identifié la subvention étrangère entraînant une distorsion du marché intérieur, la Commission devra mettre en balance les effets négatifs et positifs de la distorsion. Ce test de mise en balance porte essentiellement sur les effets positifs de la concentration

²⁸⁵ Op. cit. L. HORNKHOL, *Protecting the Internal Market from Subsidisation with the EU State Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?*, (page 144).

²⁸⁶ Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees (2008/C 155/02), (JO C 155/10 20.6.2008).

²⁸⁷ Commission européenne, communication, Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers (2014/C 249/01).

²⁸⁸ Op. cit. L. HORNKHOL, *Protecting the Internal Market from Subsidisation with the EU State Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?*, (page 144).

subventionnée sur le développement de l'activité économique concernée dans le marché intérieur, mais il peut également prendre en considération des objectifs plus larges issus de stratégies politiques pertinentes de l'UE²⁸⁹ (FSR, article 6(1)).

Pour détailler cette étape de relativisation et de mise en perspective de la concentration subventionnée, nous étudierons dans un premier temps la prise en considération de ses effets positifs (A), avant de faire un point de comparaison avec le test d'efficience du contrôle des concentrations (B).

A) Le test de mise en balance des effets de la concentration subventionnée par un pays tiers

Alors que le Livre blanc prévoyait un critère d'examen de l'intérêt de l'Union²⁹⁰, prenant en compte des objectifs de politique publique tels que la neutralité climatique, la protection de l'environnement, la transition numérique, la sécurité, l'ordre public, la protection de l'intérêt des consommateurs, etc. Ce critère n'est plus mentionné dans la version finale du règlement, ce qui signifie selon Léna HORNKHOL qu'il s'agit d'un choix délibéré de s'éloigner des effets non-économiques (plus difficiles à quantifier que les effets positifs économiques) pour assurer davantage de prévisibilité et de sécurité juridique aux entreprises²⁹¹. Cependant, la version finale du règlement semble être le fruit d'un compromis pour à la fois construire un test principalement économique et prendre en compte des facteurs socio-politiques²⁹².

Cela pourrait s'expliquer par le fait que l'article 3 du TUE envisage une économie sociale de marché où la croissance économique et la durabilité sociale sont des notions qui coexistent. En effet, une économie qui fonctionne est indispensable pour constituer le socle sans lequel la société et ses dimensions non-économiques — humaines et culturelles — ne peuvent exister²⁹³. C'est pour cette raison que l'analyse d'une subvention étrangère doit s'effectuer au regard des distorsions et des effets positifs — lesquels sont d'ordre économique ou non — qui peuvent en découler. Cette mise en balance se fera probablement à la lumière des critères d'exemption des aides d'État tels qu'établis par le droit de l'Union²⁹⁴.

Enfin, nous verrons dans quelle mesure ce test de mise en balance s'inspire en partie de l'analyse des gains d'efficacité, présente dans le contrôle européen des concentrations.

²⁸⁹ S. RITZEK-SEIDL, *The Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market – Outline of the Provisional Agreement*, ZEuS 3/2022, DOI: 10.5771/1435-439X-2022-3-423, (page 425).

²⁹⁰ Op. cit. Commission européenne, Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, (page 20).

²⁹¹ Op. cit. L. HORNKHOL, *The EU Foreign Subsidy Regulation – What, Why and How?* (pages 9-10).

²⁹² Ibid (page 10).

²⁹³ D. HILDEBRAND, *The equality and social fairness objectives in EU competition law : The European school of thought*, 2017, Concurrences N°1-2017, Art. N° 82642.

²⁹⁴ Op. cit. J. BLOCKX et P. MATTIOLO, *The Foreign Subsidies Regulation : Calling Foul While Upping the Ante?* (pages 70-71).

B) L' « *efficiency analysis* » du contrôle des concentrations, un fil d'ariane pour le règlement subventions étrangères ?

Pour Jay MODRALL, la Commission européenne s'inspirera probablement dans le cadre du FSR, de l'analyse des gains d'efficacité mis en avant par les entreprises pour justifier les effets anticoncurrentiels dans le contexte du règlement n°139/2004 (EUMR, considérant 29). Ainsi, les entreprises pourraient se référer à la pratique décisionnelle de longue date de la Commission européenne en matière de gains d'efficacité, ce qui faciliterait la notification de la concentration et garantirait davantage de sécurité juridique.

Dans ses lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales²⁹⁵, la Commission précise qu'elle prend en compte les gains d'efficacité résultant des opérations de concentration :

« Il est possible que les gains d'efficacité résultant d'une concentration contrebalancent les effets sur la concurrence, et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs, qu'elle aurait sinon pu avoir ».

Un arbitrage est réalisé entre les gains d'efficacité et la baisse du surplus des consommateurs (intervenant à la suite de la hausse du prix ou de la réduction de la qualité du produit) issus de la concentration, qui a été modélisé par Williamson à la fin des années 1960²⁹⁶. Ce modèle économique sert, entre autres, à équilibrer les gains d'efficacité résultant d'une concentration puisque d'une part celle-ci entraîne une puissance de marché et par la même occasion, une inefficacité allocative des ressources ayant pour conséquence de limiter la production et d'augmenter le prix (voir le graphique reproduit *infra*)²⁹⁷. D'autre part, les concentrations sont susceptibles de réduire les coûts en raison d'une augmentation de l'efficacité productive, sans produire de perte nette de bien-être du consommateur²⁹⁸. Sur cette courbe, Williamson modélise en juxtaposition une situation de marché avant l'opération de concentration (qc) et une situation de marché après la réalisation de la concentration (qm). Ainsi, les concentrations peuvent aboutir à stimuler la concurrence et bénéficier au consommateur, puisque les gains d'efficacité peuvent se concrétiser par une meilleure utilisation des usines de productions, un potentiel de R&D élevé, des économies sur les coûts de transaction²⁹⁹. De tels gains d'efficacité peuvent non seulement résulter en une baisse des

²⁹⁵ Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03), (JO C 31/5 5.2.2004), (page 9).

²⁹⁶ E. CHANTREL, *Efficiency économique*, Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, Art. N° 86411.

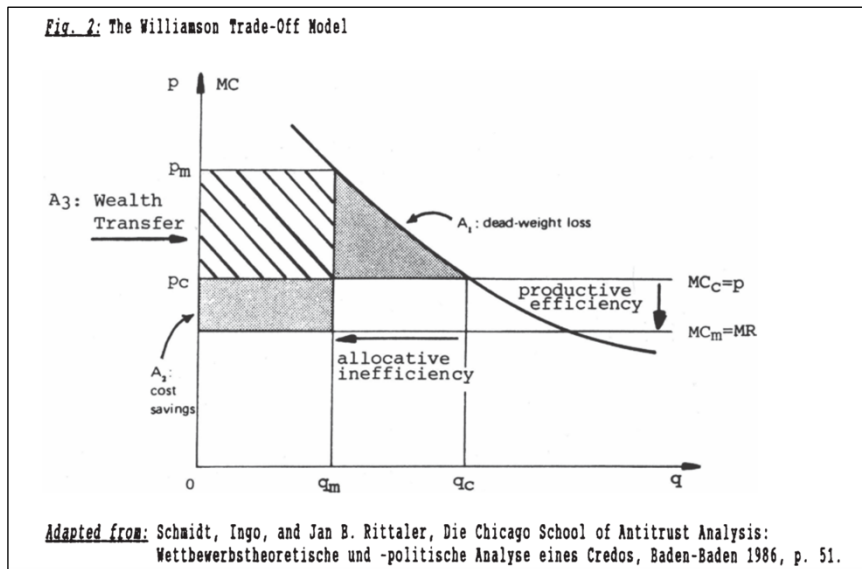
²⁹⁷ J. B. RITTALER, Industrial Concentration and the Chicago School of Antitrust Analysis, A Critical Evaluation on the Basis of Effective Competition, Thèse, 1989, (pages 133-134).

²⁹⁸ Ibid, (page 134).

²⁹⁹ U. SCHWALBE, D. ZIMMER, Law and Economics in European Merger Control, Oxford University Press, 2009, (page 318).

prix mais également en l'amélioration et l'innovation des produits, qui bénéficieront aux consommateurs.

Graphique. The Williamson Trade-Off Model (Source : J. B. RITTALER, Industrial Concentration and the Chicago School of Antitrust Analysis, A Critical Evaluation on the Basis of Effective Competition).



CHAPITRE 2

La mise en place d'une procédure additionnelle à l'origine de difficultés tangibles pour les autorités ainsi que pour les entreprises

À la question posée par Konstantina SIDERI, « *Is there an overlap or ramification of the EU merger control rules ?* »³⁰⁰, il convient de répondre de manière pragmatique : le règlement relatif aux subventions étrangères instaure des obligations supplémentaires pour les concentrations se déroulant sur le territoire de l'Union européenne, celles-ci sont sources de chevauchements et de complexifications. Certains en viendraient même jusqu'à se demander : « *How realistic it is in the end ?* »³⁰¹ (« *À quel point est-ce réaliste ?* » L. HORNKHOL). En effet, nous verrons dans le présent chapitre que ce nouvel instrument pose de nombreux défis pour les entreprises comme pour les autorités, puisqu'il vient s'ajouter à des procédures existantes qui demeurent en vigueur, tout en créant des exigences lourdes et multiples. Ainsi, si le règlement relatif aux subventions étrangères crée ce que la plupart des auteurs s'accordent à désigner de « *administrative and financial burden* »* (Section 1), il laisse également la porte ouverte à certains risques tenant à la multiplication des enquêtes, complexifiant *de facto* la tâche des entreprises (Section 2).

³⁰⁰ K. SIDERI, *Regulating foreign subsidies: legal implications under EU competition law*, European Competition Law Review E.C.L.R. 2023, 44(2).

³⁰¹ Op. cit. Webinaire Digital Markets Research Hub « *EU Foreign Subsidies Regulation & Antitrust* ».

* À noter : le mot anglais « *burden* » est utilisé dès le IV^e siècle dans la Bible anglaise et notamment dans la Vulgate pour clarifier le mot hébreu « *massā* » qui signifie « *fardeau* » en français. Il est généralement utilisé en anglais pour signifier un « *destin lourd ou pesant* » [*Burden, N., Sense III.8. Oxford English Dictionary*, Oxford UP, September 2023, <https://doi.org/10.1093/OED/9429510573>].

Section 1 — Les charges administratives et financières supplémentaires dans les opérations de concentrations subventionnées

Au mois de mars 2021, la Commission européenne avait évalué les aspects procéduraux et juridictionnels du contrôle européen des concentrations³⁰². Il en résultait que les mesures prises par la Commission en 2013³⁰³ dans son paquet « *simplification* » élargissant le champ de la procédure simplifiée et allégeant le volume des informations requises³⁰⁴ à l'aide du règlement d'exécution n°1269/2013³⁰⁵, auraient permis de réduire la charge administrative tant pour les entreprises que pour la Commission. Néanmoins, celle-ci notait qu'il existait encore des améliorations à apporter pour simplifier et réduire les formalités administratives en termes d'informations requises pour la notification d'une concentration. De ce fait, la Commission a publié une analyse d'impact³⁰⁶ présentant les options envisagées pour remédier aux problèmes recensés et a lancé plusieurs consultations publiques entre 2021 et 2022. En plus de publier un rapport d'étude d'impact le 26 avril 2023³⁰⁷ dans lequel la Commission identifie un problème persistant — l'existence de coûts et charges inutiles pesant sur les entreprises — la Commission a adopté des mesures pour réduire de telles contraintes administratives en rationalisant l'examen des opérations de concentration afin de réduire et clarifier les exigences en matière d'information dans le formulaire de notification (formulaire CO)³⁰⁸.

Ainsi, alors que Margrethe VESTAGER affirmait qu'en matière de concentrations, « *la réduction de la charge administrative est une priorité à l'échelle de la Commission* »³⁰⁹, le FSR crée pourtant de nouvelles contraintes pour les transactions au sein de l'Union européenne. Qu'il s'agisse de la Commission européenne (**Paragraphe 1**) ou des entreprises (**Paragraphe 2**), toutes deux font face à de nouvelles normes bouleversant fondamentalement la charge de travail, les enjeux financiers et l'efficacité des enquêtes.

³⁰² Commission staff working document, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, SWD(2021) 66 final, 26.3.2021.

³⁰³ Simplification of merger control procedures [background], website link: https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/publications/simplification-merger-control-procedures_en#the-2023-merger-simplification-package

³⁰⁴ A. RONZANO, *Contrôle des concentrations - simplification : La Commission adopte son paquet « simplification » élargissant le champ de la procédure simplifiée et allégeant le volume des informations requises*, 5 décembre 2013, *Concurrences* N°1-2014, Art. N° 67981

³⁰⁵ Règlement (UE) n°1269/2013 du 5 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) no 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 336 du 14.12.2013, p. 1–36).

³⁰⁶ Commission européenne, consultation publique « Contrôle des concentrations dans l'UE – Simplification plus poussée des procédures », Analyse d'impact initiale – Ares(2021)2139418.

³⁰⁷ Commission staff working document, impact assessment report accompanying the implementing regulation n°802/2004 and the commission notice on a simplified treatment for certain concentrations, SWD(2023) 80 final, 20.4.2023.

³⁰⁸ Commission européenne, communiqué de presse du 20 avril 2023, Concentrations: la Commission réduit encore les contraintes administratives pesant sur les entreprises qui fusionnent.

³⁰⁹ Ibid, citation de M. VESTAGER vice-présidente de la Commission chargée de la politique de concurrence.

Paragraphe 1 : La submersion prévisible de la Commission européenne

On pourrait penser que seules les entreprises souhaitant réaliser des opérations de concentration seront affectées par le nouvel instrument et pourtant, elles ne sont pas les seules. Ce nouvel instrument fait également peser une charge administrative importante sur les épaules de la Commission européenne³¹⁰. Non seulement celle-ci serait confrontée à un volume d'informations considérablement plus important que ce qui est requis dans le cadre du contrôle des concentrations³¹¹ mais elle aurait également sous-estimé les difficultés tenant à la collecte d'informations dans les pays tiers (A). Aussi, les ressources envisagées pour la Commission européenne semblent être insuffisantes selon plusieurs de ses membres (B).

A) Entre un risque de surplus d'informations et dans certains cas, d'accès illusoire à celles-ci

Il n'est pas surprenant que la Commission soit largement dépassée face au nombre d'informations et de documents à analyser, décrypter, synthétiser et à mettre en perspective à la lumière de l'objectif du règlement. Il s'agit d'une réalité qui avait été envisagée dans l'étude d'impact³¹², notant que la Commission serait l'autorité publique la plus affectée dans tous les cas de figure puisqu'elle deviendrait la seule autorité responsable de cet outil d'investigation. La plupart des entreprises l'ont également soulevé tant au cours du processus législatif qu'après l'entrée en vigueur du règlement, déclarant que la complexité des règles et des procédures pourrait entraîner une pression démesurément importante sur la Commission³¹³. À terme, il existe un risque plausible qui n'est autre que le retardement des procédures pour répondre aux besoins organisationnels de la Commission, affectant les décisions d'investissement au sein de l'Union. D'autant plus que, selon les parties prenantes, le règlement risque de submerger la Commission avec des informations sur des millions de transactions mineures parmi lesquelles il sera difficile de repérer celles qui faussent la concurrence³¹⁴.

³¹⁰ Op. cit. U. SOLTÉSZ, *Foreign subsidies Control : A Bureaucratic Monster ?* (page 177).

³¹¹ U. SOLTÉSZ, *Be Careful What You Wish For... The Foreign Subsidies Regulation Triggers Buyer's Remorse*, March 20, 2023, [Kluwer Competition Law Blog](#) :

« *The Commission has basically taken Form CO used in EU merger control as a blueprint for the FSR notification forms. However, in terms of the volume of information the new FSR system goes even beyond that and makes a merger control filing look like a child's birthday party* ».

³¹² Commission européenne, 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*, SWD(2021) 99 final, 5.5.2021 (Annexe 3, page 84).

³¹³ L. NAZARIE, *Regulating foreign subsidies that distort competition – an overly ambitious goal ?* [Romanian Competition Journal](#), vol. 2023, no. 2, 2023 (page 55).

³¹⁴ Op. cit. U. SOLTÉSZ, *Be Careful What You Wish For... The Foreign Subsidies Regulation Triggers Buyer's Remorse*.

Néanmoins, la Commission européenne avait conclu à l'issue d'une comparaison entre les différentes options de contrôle qui étaient envisagées, que la combinaison d'un examen *ex officio* et d'une notification *ex ante* des concentrations était le choix le plus efficace et raisonné³¹⁵ (voir tableau reproduit *infra*). Si l'option n°1 (examen *ex officio* partagé entre la Commission et les États membres) avait un coût moins élevé que l'option n°2 (notification *ex ante* devant la Commission), qui elle, était plus rentable en ce que les entreprises soumettraient des informations synthétiques et structurées en amont d'un projet de concentration, c'est l'option n°3 qui a été retenue (combinaison d'un examen *ex officio* et d'une notification *ex ante* au niveau de la Commission). Dans ce dernier scénario, les coûts supplémentaires induits par l'outil de notification sont compensés par la certitude d'enquêter sur les acquisitions qui faussent le plus la concurrence.

Tableau. Comparaison entre les options envisagées pour répondre au problème des « *distorsions in acquisitions* ».

		Baseline	Policy Package 1	Policy Package 2	Policy Package 3
Effectiveness	Objective 1: identifying distortions	0	+	++	+++
	Objective 2: removing distortions	0	+	++	+++
Coherence with other EU policies		0	+	++	++
Efficiency (costs vs benefits)		0	++	++	+++

Par ailleurs, la Commission fait face à un défi supplémentaire dans la mise en œuvre du FSR : l'accès à certaines informations. Sur ce point, le Regulatory Scrutiny Board s'était prononcé en faveur du nouvel instrument tout en émettant une réserve, réclamant une analyse plus approfondie sur les difficultés tenant à la collecte d'informations et l'absence de certaines données³¹⁶.

S'il est vrai que la Commission bénéficie des mêmes pouvoirs d'inspection sur le territoire de l'Union (FSR, article 14) que ceux prévus dans le règlement n°139/2004 (EUMR, articles 12 et 13), elle dispose désormais d'un pouvoir d'inspection en dehors de l'Union (FSR, article 15). Cependant, il y a des chances que ce pouvoir ne soit que rarement mis en œuvre car une enquête ne peut s'y dérouler que si le pays tiers en a été officiellement informé et n'émet aucune objection. Certains auteurs ont du mal à imaginer des pays tels que la Chine ou les États-Unis laissant la Commission conduire des enquêtes sur leur territoire³¹⁷ ou répondant à ses demandes de renseignements complémentaires (FSR, article 13(6)).

³¹⁵ Op. cit. Commission européenne, Impact Assessment accompanying the Proposal for a Regulation on foreign subsidies distorting the internal market, 5.5.2021 (pages 68-70).

³¹⁶ Commission européenne, Regulatory Scrutiny Board (RSB), Impact assessment / Addressing distortions caused by foreign subsidies, Ref ARES(2021)1650488, 5.3.2021.

³¹⁷ Op. cit. J. BLOCKX et P. MATTIOLO, *The Foreign Subsidies Regulation : Calling Foul While Upping the Ante?* (page 72).

Enfin, les gouvernements de pays tiers pourraient essayer d'empêcher la notification *ex ante* de certaines concentrations en déclarant qu'elles relèvent d'un secret d'état, ce qui pourrait avoir pour conséquence de décourager les entreprises de divulguer certaines subventions (pour éviter des représailles de la part de leur gouvernement).

Plus encore, on peut imaginer que certaines entreprises se défendent au moyen de l'immunité de contrainte étatique communément connue en droit international sous l'expression « *foreign state compulsion* », qui est selon Marek MARTYNISZYN, un stratagème d'évitement ou « *an avoidance technique* »³¹⁸. Il s'agit d'un principe reconnu en droit européen par la Cour de Justice, qui le mentionne le plus souvent dans des affaires intra-UE, mais selon l'auteur, une entreprise issue d'un pays tiers pourrait s'en prévaloir en cas d'application extraterritoriale du droit communautaire de la concurrence. Pour la première fois, dans l'affaire *Ladbroke racing*³¹⁹ la Cour déclare que les articles 101 et 102 TFUE ne s'appliquent qu'aux pratiques anticoncurrentielles conduites par des entreprises de leur propre initiative. Cela signifie que lorsqu'une pratique anticoncurrentielle est exigée par un État tiers ou si celui-ci établit un cadre limitant la concurrence entre les entreprises, la restriction de concurrence ne peut pas être attribuée à l'entreprise puisque celle-ci n'agit pas de manière autonome³²⁰. Il pourrait arriver qu'une entreprise étrangère ne puisse pas révéler certaines informations car son gouvernement l'exige, ou encore qu'elle ne puisse pas être sanctionnée car son comportement lui a été intégralement dicté, etc.

Alors que la Commission européenne croule sous un contrôle des concentrations amplement renforcé, ses ressources ne semblent pas suivre le pas.

B) Les ressources allouées en contraste avec l'ambition initialement annoncée

À l'origine, la Commission européenne envisageait une équipe de 40 personnes pour prendre en charge la notification des acquisitions subventionnées et de 60 personnes pour l'examen *ex-officio*³²¹. Dans un premier temps, Olivier GUERSENT expliquait qu'une équipe de 120 personnes était sans aucun doute le strict minimum³²², mais il a ensuite admis au vu de

³¹⁸ M. MARTYNISZYN (2012). *A Comparative Look on Foreign State Compulsion as a Defence in Antitrust Litigation*, *Competition Law Review*, 8 (2).

³¹⁹ CJCE, arrêt du 11 novembre 1997 *Commission of the European Communities and French Republic v Ladbroke Racing Ltd.*, affaires jointes, C-359/95 P et C-379/95 P, ECLI:EU:C:1997:531 (point 33).

³²⁰ CJUE, arrêt du 14 octobre 2010 *Deutsche Telekom AG v European Commission*, affaire C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603 (points 80-81)

³²¹ Op. cit. Commission européenne, Impact Assessment accompanying the Proposal for a Regulation on foreign subsidies distorting the internal market, 5.5.2021 (Annexe 3, pages 85-86)

³²² J. DAVIES, *Has EU Competition Policy Diverged From Its Foundations?*, Brunswick Global Antitrust and Competition Practice Group, 13 February 2023, <https://www.brunswickgroup.com/has-eu-competition-policy-diverged-from-its-foundations-i24021/>.

la situation que la Commission aurait de sérieuses difficultés à mettre en œuvre le FSR si elle n'obtenait pas davantage de personnel³²³.

Au mois d'octobre 2023, la Commission ne disposait que de 7 employés³²⁴. Plus récemment, une nouvelle direction « *Directorate K* » a été mise en place le 1^{er} mars 2024³²⁵, afin de centraliser les experts pouvant se consacrer entièrement à la mise en œuvre de la nouvelle réglementation. Environ 40 personnes y sont désormais employées pour se consacrer au filtrage des concentrations et aux enquêtes *ex officio*, tandis qu'une équipe distincte se concentre sur les marchés publics³²⁶. Il est intéressant de noter que les employés des différents services de la Commission (contrôle des concentrations, aides d'État) ainsi que des experts nationaux collaborent régulièrement pour enrichir et uniformiser la pratique décisionnelle qui reste à forger en vertu du FSR³²⁷. Enfin, avec ce nouveau règlement la Commission risquerait de traiter de concentrations mêlant des ordres juridiques différents du cadre européen et avec lesquels elle n'est pas forcément familière, et ce, dans une langue de travail lui est étrangère³²⁸.

Fondamentalement, ce sont tout de même les entreprises qui demeurent les premières « victimes » du règlement relatif aux subventions étrangères.

Paragraphe 2 : Le désarroi des entreprises

Non seulement les entreprises souhaitant réaliser des concentrations doivent transmettre un nombre important de pièces justificatives recouvrant des informations détaillées relatives à la concentration en tant que telle (description de l'opération, des parties, de la forme du contrôle envisagé, des seuils, de la contribution étrangère et de son incidence sur le marché intérieur, des effets positifs possibles)³²⁹, mais la Commission européenne dispose aussi de pouvoirs supplémentaires vis-à-vis des entreprises. En effet, celle-ci peut, de la même manière que dans le cadre du contrôle des concentrations (EUMR, article 11), demander des renseignements

³²³ N. McNELIS, *EU can't tackle foreign subsidies properly without more resources, Guersent says*, MLEX, 7 Février 2023, <https://mlexmarketinsight.com/news/insight/eu-can-t-tackle-foreign-subsidies-properly-without-more-resources-guersent-says> :

« *It's challenging enough to control State aid, but State aid given in Beijing? That is huge in terms of resources !* ».

³²⁴ V. FOLKMAN, *The EU's magic number: 7 staff to screen for foreign subsidies*, POLITICOPRO, 17 octobre 2023, <https://pro.politico.eu/news/170196>.

³²⁵ EVERSHEDES SUTHERLAND, *The EU Foreign Subsidies Regulation: What are the key takeaways for businesses from the Commission's experience to date?* March 07, 2024, <https://www.eversheds-sutherland.com/en/global/insights/foreign-subsidies-regulation-key-takeaways-for-businesses>.

³²⁶ V. FOLKMAN, *EU's foreign subsidies staffing ramps up to 40*, POLITICOPRO, mars 2024.

³²⁷ Op. cit. E. DE SMIJTER, Webinaire DG COMP, [Let's Talk Competition](#) | « *Foreign Subsidies Regulation* ».

³²⁸ U. SOLTÉSZ, „Game Changer“ für die M&A-Praxis: Die Verordnung über Drittstaatssubventionen, NZKart 2022 (page 426).

³²⁹ Règlement (UE) n°2023/1441 (pages 22-29).

supplémentaires aux entreprises concernées (FSR, article 13) et suspendre les délais si les informations transmises s'avèrent incomplètes (FSR, article 24(5)). Aussi, les entreprises ne peuvent pas déroger à ces demandes d'information car la Commission risquerait³³⁰ de leur infliger une amende allant jusqu'à 1% de leur chiffre d'affaires total lorsqu'elles fournissent volontairement ou par négligence, des renseignements inexacts ou dénaturés (FSR, article 26(2)). Enfin, la Commission peut sanctionner les États tiers qui ne coopèrent pas dans le cadre des demandes de renseignement, en prenant la décision d'interdire la concentration sur la base des données dont elle dispose (FSR, article 16(1)), ce qu'elle ne peut pas faire en vertu de l'EUMR.

S'il n'est pas contestable que le règlement n°2022/2560 impose une procédure additionnelle aux opérations de concentration, celle-ci est très lourde, chronophage et coûteuse à mettre en œuvre (A). Par ailleurs, le règlement ouvre la possibilité aux parties tierces de dénoncer les entreprises bénéficiant de subventions étrangères, ce qui accroît d'autant plus le risque financier et judiciaire planant sur celles-ci (B).

A) Les projets de concentration face au « *monstre bureaucratique* »³³¹

Le règlement n°2022/2560 est rédigé de telle sorte que les demandes d'informations n'apparaissent pas délimitées, permettant ainsi à la Commission d'obtenir « *tous les renseignements nécessaires* ». Il s'agit d'une formulation issue du règlement sur les concentrations, que les entreprises critiquent assez fréquemment³³² pour la large interprétation qu'en font les autorités. Certains auteurs estiment que le flou juridique planant sur cet outil est disproportionné compte tenu des charges et risques incombant aux entreprises, cet instrument ne serait pas « *rentable* » puisque *in fine*, il nuirait à l'attractivité des investissements de pays tiers³³³. Récemment, la CCCEU a souligné dans le cadre d'une enquête de marché public que le déploiement du FSR en tant qu'outil de coercition économique sous couvert de sécurité économique n'a laissé aux entreprises chinoises d'autre options que de se retirer d'une affaire de marchés publics car la procédure juridique est préjudiciable et incertaine³³⁴.

En plus de satisfaire aux obligations de notifications, les entreprises doivent anticiper les prochaines transactions en collectant les informations nécessaires en amont, en instaurant des

³³⁰ À noter : dans le cadre du contrôle d'une opération de concentration, la Commission a déjà infligé une amende de 950.000 euros à Mitsubishi pour lui avoir communiqué des informations incomplètes (Commission européenne, décision du 12 juillet 2000, *Mitsubishi Heavy Industries* (COMP/M.1634) OJ L4/31, 2001/16/CE).

³³¹ Op. cit. U. SOLTÉSZ, *Foreign subsidies Control : A Bureaucratic Monster ?*.

³³² A. REINDL, I. VAN DAMME, The EU Foreign Subsidies Regulation, *Concurrences*, 2024, (page 101).

³³³ J. ZÖTTL, Düsseldorf, und P. WERNER, Brüssel, *Vive l'Industriepolitik - M&A unter der neuen Drittstaatensubventionsverordnung*, (page 486), NZKart 9/2022.

³³⁴ China Chamber of Commerce to the EU, *CCCEU Responds to EU's Closure of FSR Investigations*, 13 may 2024, http://en.ccceu.eu/2024-05/14/c_4303.htm.

procédures de « *compliance* » (*conformité*), pour être « *M&A-ready* »³³⁵. En effet, les entreprises doivent vérifier et calculer en permanence les subventions issues de pays tiers (ces calculs étant multipliés lorsque l'entreprise comporte des filiales), car c'est la seule façon de déterminer si les seuils de notification sont dépassés³³⁶.

Les entreprises retrouvent dans le FSR, l'état d'esprit de l'EUMR dans lequel la Commission se félicite régulièrement de collecter des centaines de milliers de documents, et qui constitue sans aucun doute une charge financière très importante pour les parties aux opérations de concentration³³⁷. Ainsi, la plupart des entreprises ne perçoivent plus le FSR comme un bouclier de protection mais plutôt comme de la paperasse excessive³³⁸. En termes de coûts, la Commission déclarait dans une étude d'impact sur le contrôle des concentrations, que la notification d'une opération dans le Form CO représentait au minimum 50 000 à 75 000 euros et au maximum 500 000 euros³³⁹. On imagine que ces montants seront multipliés dans le cadre d'une notification FS-CO qui se superpose à une notification de concentration.

Néanmoins, il existe plusieurs dérogations pour les entreprises au sein du règlement d'exécution n°2023/1441. En principe, la Commission peut dispenser une partie notifiante de l'obligation de communiquer un renseignement dans le formulaire (FSR exéc., article 4(4)) et lorsque des informations exigées par le FS-CO ne peuvent pas être raisonnablement obtenues (FSR exéc., annexe 1, point 5) ou encore lorsqu'elles ne sont pas nécessaires à l'examen de l'affaire par la Commission (FSR, exéc., annexe 1, points 6 et 7).

Par ailleurs, les entreprises envisageant de réaliser des concentrations se trouvent confrontées à un nouveau risque non négligeable : les plaintes par les parties tierces.

B) Les risques additionnels en cas de plainte par des tiers intéressés

Enfin, le règlement n°2022/2560 permet aux entreprises de dénoncer des concurrents en déposant une plainte auprès de la Commission européenne qui pourra décider sur la base des informations récoltées, d'entamer un examen *ex officio* ou de demander une notification *ex ante* en vertu de l'article 21(5) (FSR, article 35(2)). Le FSR ne prévoit pas de procédure de plainte particulière, laissant à la Commission une large marge de manœuvre et un pouvoir discrétionnaire dans la sélection des affaires, laquelle pourrait être influencée par des facteurs

³³⁵ S. BLAZEK, S. WALDMANN, *The EU Foreign Subsidies Regulation*, American Bar Association, Novembre 2023.

³³⁶ Op. cit. C. SCHOLKE, A. GAYK und P. TRAPP, *Verordnung über wettbewerbsverfälschende Subventionen aus Drittstaaten - Neue Hürden für M&A Deals?* (page 628).

³³⁷ Op. cit. U. SOLTÉSZ, *Foreign subsidies Control : A Bureaucratic Monster ?*

³³⁸ Ibid.

³³⁹ Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the White Paper: Towards more effective EU merger control. SWD(2014) 217 final. (page 30).

politiques³⁴⁰. Il s'agit d'une différence notable avec le droit des aides d'État³⁴¹ qui encadre davantage l'action de la Commission puisque celle-ci doit nécessairement ouvrir une enquête préliminaire afin d'examiner la plainte « *sans délai* »³⁴² et bénéficie d'une marge de manœuvre pour tenir compte de sa charge de travail et de ses priorités³⁴³. Néanmoins, dans le cadre du FSR, la Commission européenne est soumise au principe général d'une administration ouverte, impartiale et efficace³⁴⁴ (TFUE, article 298). Bien que les autorités de concurrence bénéficient en principe d'une discrétion administrative³⁴⁵ suggérant qu'elles ont la liberté de choisir leur ligne de conduite celle-ci doit être guidée par des choix qui répondent au mieux à l'intérêt poursuivi par la loi³⁴⁶.

Par ailleurs, les tiers intéressés peuvent continuer d'apporter des informations au cours de la phase d'examen des subventions étrangères, puisqu'ils sont parfois concurrents sur les mêmes marchés ou sur des marchés adjacents. *De facto*, ils maîtrisent des connaissances spécifiques et peuvent fournir à titre d'exemple, des détails sur les entreprises qui se trouvent dans une situation comparable afin d'établir l'avantage qui découle de la subvention. Ainsi, les tiers sont susceptibles d'être bien placés pour détecter les entreprises qui bénéficient de subventions étrangères³⁴⁷. Enfin, les entreprises pourraient être confrontées à des actions en dommages et intérêts provenant de ces mêmes tiers intéressés, si ceux-ci réussissent à démontrer que l'octroi de la subvention étrangère leur a causé un préjudice³⁴⁸.

³⁴⁰ Op. cit. R. LUJA, *The Foreign Subsidies Regulation : Countering State Aid Beyond the European Union*, (page 194).

³⁴¹ W. WEIß, *Ex Officio Third Country Subsidies' Review – Similarities with and Differences to State Aid Procedures*, ZEuS 3/2022, DOI: 10.5771/1435-439X-2022-3-467 (page 469).

³⁴² Règlement (UE) n°2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO L 248 du 24/09/2015, p. 9–29), article 12 et 24(2).

³⁴³ Trib. UE, arrêt du 4 juillet 2017 Bouygues SA et Bouygues Télécom SA contre Commission des Communautés européennes, affaire T-475/04, ECLI:EU:T:2007:196 (points 158-159).

³⁴⁴ CJCE, arrêt du 21 novembre 1991 *Technische Universität München contre Hauptzollamt München-Mitte*, affaire C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438 (point 14).

³⁴⁵ O. BROOKE, K. J. CSERES, *Policy report: Priority setting in EU and national competition law enforcement*, 2021, (page 10).

³⁴⁶ J. MENDES, 2017, “*Bounded Discretion in EU Law: A Limited Judicial Paradigm in a Changing EU*”, The Modern Law Review, Vol. 80, Issue 3, (page 463) :

« *Discretion is the ability to make a choice that best concretises the normative programmes that political processes have converted into legal norms, to choose the options that best fulfil the public interests that are legally protected, all in accordance with the founding values and legal principles that ground the legal order of which they are a part* » [nous soulignons].

³⁴⁷ L. HORNKHOL, *The Role of Third Parties in the Enforcement of the Foreign Subsidies Regulation: Complaints, Participation, Judicial Review, and Private Enforcement*, May 2023, Competition Law & Policy Debate, (preprint and unedited version).

³⁴⁸ Ibid.

Section 2 — Le risque de multiplication des enquêtes par les autorités de concurrence.

Au regard du droit des concentrations, il existe un mécanisme de « *guichet unique* » pour les opérations de dimension communautaire puisque la Commission européenne est exclusivement compétente pour en contrôler la conformité au droit européen³⁴⁹ i.e. au règlement n° 139/2004. Initialement mis en place par le règlement n° 4064/89, le guichet unique a été conçu pour centraliser le traitement des concentrations ayant des effets transfrontaliers significatifs et de manière plus large, pour apprécier la compatibilité des concentrations avec le marché commun. Il était question de poser des critères quasi « *cliniques* »³⁵⁰ afin de délimiter plus efficacement les champs de compétence respectifs des autorités de concurrence, car au-dessous des seuils prévus, les opérations sont soumises au contrôle national des concentrations³⁵¹. Un tel mécanisme constitue un gage de sécurité juridique pour les entreprises en ce qu'il permet d'éliminer le risque de décisions contradictoires découlant de l'appréciation concurrente d'une même opération par plusieurs autorités de concurrence dans le cadre de régimes juridiques différents³⁵².

Parallèlement, la Commission et les ANC ont pris au fil du temps plusieurs initiatives destinées à améliorer leurs modes d'interaction, telles que : le guide procédural par l'ECA des autorités européennes de concurrence sur l'échange d'informations concernant les concentrations multi-juridictionnelles (2001)³⁵³ ; les principes d'application, par les ANC de l'ECA des articles 4(5) et 22 du règlement sur les concentrations (2005)³⁵⁴ ; la création du groupe de travail ad hoc *EU Merger Working Group* sur les concentrations (2010) et son accord sur les bonnes pratiques relatives à la coopération entre ANC de l'Union en matière de contrôle des concentrations (2011)³⁵⁵.

À l'appui de cette répartition des enquêtes, il y a d'une part les seuils définis à l'article 1^{er} (2) et (3) du règlement de 2004 qui jouent un rôle clef en ce qu'ils déterminent précisément la

³⁴⁹ Articles 1, 2, 21(1) et (2) du règlement n° 139/2004.

³⁵⁰ F. BRUNET, et P. GEFFRIAUD, « *La réforme du mécanisme des renvois : vers une coopération multilatérale ?* », *LEGICOM*, vol. 30, no. 1, 2004, pp. 49-60.

³⁵¹ Commission des communautés européennes, *Contrôle communautaire des opérations de concentrations* Livre vert concernant la révision du règlement sur les concentrations COM(96) 19 final, 31.1.1996.

³⁵² Y. UTZSCHNEIDER, M. RIVOLLIER, E. JEGOU, J-J. LEMONNIER et J. ERNEWEIN, *Compétence exclusive de la Commission européenne dans le contrôle des opérations de concentration de dimension européenne : le principe du guichet unique*, *Lamy Droit économique*, sous la direction scientifique de M. CHAGNY et J. BERLEMONT.

³⁵³ Colloque « *Vers un réseau européen du contrôle des concentrations* », Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne Amphithéâtre Liard, 12 juin 2019, sous la direction de C. PRIETO, retranscription publiée dans la revue juridique de la Sorbonne - Juin 2020 – n° 1.

³⁵⁴ F. ZIVY, « *Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe – Une réforme « gagnant-gagnant » au service de la compétitivité* » – *Rapport de l'ADLC au Ministre de l'Économie et des Finances*, 16 décembre 2013.

³⁵⁵ Op.cit. Colloque « *Vers un réseau européen du contrôle des concentrations* ».

dimension communautaire d'une opération de concentration. Il y a, d'autre part, des mécanismes de renvoi entre les autorités de concurrence qui facilitent largement la conduite des enquêtes : l'examen d'une concentration dénuée de dimension communautaire peut faire l'objet d'un « *renvoi ascendant* » vers la Commission européenne par les autorités nationales en pré-notification (EUMR, article 4(5)) et en post-notification (EUMR, article 22) ; à l'inverse l'examen d'une concentration affectant de manière significative la concurrence sur le marché distinct d'un État membre peut faire l'objet d'un renvoi « *descendant* » vers une autorité nationale (EUMR, article 4(4) et 9).

Néanmoins, si ces différents éléments ont permis de simplifier la conduite des enquêtes en matière de concentrations, le règlement relatif aux subventions étrangères est lui, susceptible de compliquer les procédures. Plusieurs questions se posent au regard de cet instrument qui démultiplie les procédures dans différents cas de figure (**Paragraphe 1**), mais également au regard des seuils nouvellement établis dont la dont la délimitation influe sur le nombre d'enquêtes (**Paragraphe 2**). Il est important de noter que la Commission européenne est exclusivement compétente pour l'examen de l'intégralité des concentrations comprenant des subventions étrangères susceptibles de fausser le marché intérieur (FSR, articles 20 et 21). Cela signifie que les ANC n'ont pas de compétence en la matière, bien qu'elles demeurent compétentes pour contrôler les opérations de concentration susceptibles d'entraver une concurrence effective dans le marché commun. Par ailleurs, la Commission peut demander la notification de toute concentration n'atteignant pas les seuils (FSR, article 21(5)), sans qu'une demande de renvoi par un État membre ne soit nécessaire³⁵⁶.

Paragraphe 1 : Un millefeuille procédural dénué de réelle coordination

Lorsque Mérit OLTHOFF déclarait à l'occasion d'une table ronde sur le FSR que celui-ci rajoutait « *a regulatory layer of complexity for EU deals* »³⁵⁷ (une couche de complexité réglementaire aux transactions dans l'Union européenne), cela s'est confirmé à plusieurs égards. Dans le présent paragraphe, nous traiterons de la complexité procédurale induite par le FSR au regard de certaines concentrations (**A**). Nous évoquerons également l'existence de chevauchements procéduraux en présence d'investissements étrangers, bien que le FSR ne s'applique sans préjudice du règlement n°2019/452 (FSR, article 44(3)) (**B**).

A) L'émergence d'une double procédure en cas de concentration sous les seuils*

³⁵⁶ Op. cit. J. MODRALL, *The EU Foreign subsidies regulation's impact on M&A* (page 10).

³⁵⁷ Op. cit. Webinaire DG COMP, [Let's Talk Competition](#) | « *Foreign Subsidies Regulation* ».

* À noter : par « *seuils* », il est fait référence aux seuils prévus par le règlement n°139/2004 sur le contrôle des concentrations.

Avant même d'évoquer les seuils pour démontrer un parallélisme de procédure, on observe qu'au regard des différents objectifs du FSR et de l'EUMR, il existe un risque que deux investigations soient conduites séparément : l'une porterait sur la création ou le renforcement d'une position dominante sur le marché (EUMR, article 2(3)) et l'autre sur la présence d'une contribution financière étrangère (FSR, article 20(3)b)³⁵⁸. La Commission européenne a d'ailleurs récemment confirmé que la plupart des affaires de concentration pré-notifiées au titre du FSR (Chapitre/ Module 3) ont fait l'objet d'un examen parallèle au titre de l'EUMR, soit 42 sur 53 et ce, 100 jours après l'entrée en vigueur de l'obligation de notification³⁵⁹.

Par ailleurs, si une opération de concentration n'entre pas dans le champ d'application de l'EUMR en ce qu'elle n'atteint pas les seuils de dimension communautaire, il est toutefois possible qu'elle fasse l'objet d'une notification auprès d'une ANC dans le cadre d'une enquête distincte régie par du droit interne. Ainsi, une concentration pourrait être simultanément notifiée auprès d'une ANC en vertu du règlement n°139/2004 et de la Commission européenne en vertu du règlement n°2022/2560. Au regard de la pratique, la Commission a confirmé que sur les 53 concentrations pré-notifiées au titre du FSR, 5 d'entre elles ont également fait l'objet d'un contrôle à l'échelle nationale³⁶⁰.

Si les délais de ces procédures sont identiques et que, par-dessus cela, la Commission peut utiliser les informations renseignées dans l'une pour compléter l'autre enquête (FSR, considérant 39), il n'est pas exclu que des décisions divergentes puissent être prises³⁶¹ — par exemple, une concentration peut être déclarée compatible avec le marché intérieur en ce qu'elle n'entrave pas une concurrence effective, et pour autant être interdite si elle a été facilitée par des subventions étrangères³⁶². Il n'est pas non plus garanti que les procédures soient parfaitement synchronisées car l'ouverture d'une procédure, éventuellement assortie d'un délai de suspension ou même d'un prolongement, n'exerce aucune influence sur les autres procédures parallèles. Certains auteurs déplorent l'absence de « *one-stop-shop system* » puisque la démultiplication des enquêtes allongerait considérablement les délais de transaction³⁶³ et

³⁵⁸ Op. cit. T. BAUERMEISTER, *A tool to investigate M&A transactions with regard to foreign financial contributions*.

³⁵⁹ Commission européenne, FSR brief, Issue 1, February 2024, Luis MOSCOSO, Iveta STOYANOVA, ISBN 978-92-68-12950-0, ISSN: 2812-0485 (page 2).

³⁶⁰ Ibid.

³⁶¹ Op. cit. C. SCHOLKE, A. GAYK und P. TRAPP, *Verordnung über wettbewerbsverfälschende Subventionen aus Drittstaaten - Neue Hürden für M&A Deals?* (page 627).

³⁶² P. TRAPP *Das Weißbuch der Kommission zur Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten* EuZW (Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht) Heft 22/2020 (page 969).

³⁶³ L. HORNKHOL, *The EU Foreign Subsidy Regulation— What, Why and How?* (page 25), July 31, 2022, Weaponising investments (volume II) – Springer Studies in the Law and Geo-economics (preprint and unedited version).

entraînerait une surcharge de travail menant à une augmentation des coûts de transaction³⁶⁴. Idem en matière d'engagements dont les négociations pourraient avancer plus rapidement dans l'une des deux procédures et complexifier les deals de M&A³⁶⁵. Néanmoins la Commission estimerait au contraire que ces coûts diminueraient si plusieurs notifications — contrôle des concentrations/ investissements étrangers — étaient nécessaires³⁶⁶. Celle-ci envisagerait également de mettre en place un mécanisme de coopération par lequel les États membres lui fourniraient des informations relatives aux subventions étrangères³⁶⁷. Pour le moment, la doctrine s'accorde à dire que les démarches organisationnelles de la Commission sont encore obscures et qu'il incombera *de facto* aux entreprises de s'efforcer de coordonner les procédures afin de réduire les risques temporels et matériels qui pourraient découler des multi-notifications³⁶⁸.

Ce millefeuille procédural ne s'arrête pas là, il existe un risque supplémentaire en cas de concentrations comprenant des investissements étrangers.

B) Les aléas en cas de chevauchement avec une enquête nationale de filtrage d'investissement étranger

Il se pourrait que la Commission européenne prête une attention particulière aux concentrations notifiées qui déclenchent également un examen d'investissements directs étrangers, auquel cas une même transaction ferait l'objet de divers contrôles au niveau européen mais auprès des États membres³⁶⁹. Pour certains auteurs, le règlement FDI incarnerait une opportunité manquée pour répondre aux enjeux de réciprocité et de *level playing field*, du fait de l'absence de règles spécifiques encadrant les investissements étrangers bénéficiant d'un financement subventionné par un État tiers. Régis BISMUTH³⁷⁰ déplore l'inaction de l'Union à cet égard avec le règlement n°2019/452, alors que les États-Unis avaient déjà envisagé d'intégrer le concept de neutralité concurrentielle dans leur mécanisme de filtrage d'investissements étrangers. Ces derniers considèrent qu'une forme de pénalité devrait être

³⁶⁴ Op. cit. C. SCHOLKE, A. GAYK, P. TRAPP *Verordnung über wettbewerbsverfälschende Subventionen aus Drittstaaten - Neue Hürden für M&A Deals?*(page 628).

³⁶⁵ Op. cit. J. BLOCKX, *The proposal for an EU Regulation on foreign subsidies distorting the internal market How will it impact corporate mergers and acquisitions?* (page 8).

³⁶⁶ Op. cit. C. SCHOLKE, A. GAYK, P. TRAPP *Verordnung über wettbewerbsverfälschende Subventionen aus Drittstaaten - Neue Hürden für M&A Deals?* (page 628).

³⁶⁷ Op. cit. L. HORNKHOL, *The EU Foreign Subsidy Regulation– What, Why and How?* (page 25).

³⁶⁸ J. ZÖTTL, Düsseldorf, und P. WERNER, Brüssel, *Vive l'Industriepolitik - M&A unter der neuen Drittstaatsensubventionsverordnung* (page 478), NZKart 9/2022.

³⁶⁹ Op. cit. X. SU, *A Critical Analysis of the EU's Eclectic Foreign Subsidies Regulation: Can the Level Playing Field Be Achieved?* (page 75).

³⁷⁰ R. BISMUTH, *Screening the Commission's Regulation Proposal Establishing a Framework for Screening FDI into the EU*, European Investment Law and Arbitration Review, 2018, (pages 57-59).

infligée aux investisseurs étrangers bénéficiant d'une forme de subvention de la part de leur gouvernement d'origine³⁷¹.

En matière d'investissements directs provenant de l'extérieur de l'Union et allant en direction de celle-ci, l'Union en a la compétence exclusive en vertu des articles 3(1)(e) et 207(1) TFUE, puisque de tels investissements relèvent de la politique commerciale commune comme l'a confirmé la Cour dans son avis 2/15³⁷². Toutefois, l'Union respecte l'identité nationale des États membres ainsi que les fonctions essentielles qui en découlent telles que la sauvegarde de la sécurité nationale (TUE, article 4(2)) ainsi que la protection de leurs intérêts essentiels de sécurité (TFUE, article 346(b)). C'est dans cette logique que le règlement n°2019/452 permet aux États membres de maintenir, modifier ou adopter des mécanismes visant à filtrer les investissements directs étrangers sur leur territoire pour des motifs de sécurité ou d'ordre public (FDI, article 3(1)). S'il incombe aux États membres d'examiner ces investissements, ils doivent nécessairement notifier à la Commission et aux autres États membres tout investissement direct étranger sur leur territoire qui fait l'objet d'un filtrage (FDI, article 6(1)). Au vu de l'esprit du FSR il existe des obligations réciproques de transmission d'informations³⁷³, permettant par exemple à la Commission européenne d'informer les États membres de l'ouverture d'une enquête préliminaire lorsque ceux-ci l'ont préalablement informée de procédures nationales de filtrage des investissements directs étrangers (article 10(2)).

Il existe ainsi un parallélisme des procédures avec le FSR puisque l'enquête sur les investissements étrangers sera conduite par une autorité nationale, de manière distincte de l'enquête portant sur les investissements étrangers subventionnés menée par la Commission. À ce titre, cette dernière a récemment confirmé que sur les 53 concentrations pré-notifiées, 26 ont fait l'objet d'un contrôle FDI dans un ou plusieurs États membres³⁷⁴.

Carolina DACKÖ, Charlotta BRODIN et Alice ARLEBO³⁷⁵ ont analysé les interactions entre le règlement FDI et le FSR, notant qu'il s'agirait : pour le premier, d'évaluer dans quelle mesure les subventions étrangères ont un impact sur la sécurité et l'ordre public d'un État membre ; pour le second, de cibler les investissements étrangers subventionnés pour préserver le *level playing field*.

Néanmoins, elles envisagent une hypothèse de concentration dans laquelle les deux outils précités ne sont pas destinés à se compléter mais au contraire, à se heurter l'un à l'autre. Ainsi, dans leur hypothèse, une entreprise établie dans l'Union est prise pour cible dans le cadre d'une acquisition par une entreprise étrangère — laquelle notifie le projet à l'autorité chargée du

³⁷¹ The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS), Congressional research service, report n°RL33388 by J. K. JACKSON updated in July 2018 (pages 43-44).

³⁷² CJUE, Avis 2/15 du 16 mai 2017, ECLI:EU:C:2017:376 (§§81-82)

³⁷³ Op. cit. L. HORNKHOL, *The EU Foreign Subsidy Regulation – What, Why and How* (page 25).

³⁷⁴ Op. cit. Commission européenne, FSR brief, Issue 1, February 2024 (page 2)

³⁷⁵ C. DACKÖ, C. BRODIN et A. ARLEBO, *The FDI Screening Mechanisms and the Draft EU Foreign Subsidy Regulation – Potential Conflicts of Interests and in Application* (page 515-516) *ZEuS* 3/2022, DOI: 10.5771/1435-439X-2022-3-505.

filtrage des investissements étrangers dans l'État membre où la cible est établie —. Il s'avère que l'entreprise acquéreuse ait bénéficié d'un traitement fiscal préférentiel l'exemptant de certaines taxes dues à son gouvernement. Il s'agit d'une acquisition subventionnée, celle-ci atteint bien les seuils prévus par le FSR et fait dès lors l'objet d'une notification *ex ante* auprès de la Commission. À la suite de son enquête approfondie, celle-ci considère que les effets positifs de la concentration surpassent les risques de distorsion car l'investisseur étranger contribuerait de manière significative au développement et à la production d'infrastructures critiques. Néanmoins, pour prévenir les éventuels risques de distorsion, la Commission ordonne à l'avenir la publication du résultat de certaines activités de recherche et de développement menées par l'entreprise absorbante. Néanmoins, cette décision favorable est contrebalancée par la décision de l'État membre qui observe une menace pour sa sécurité nationale et ses activités stratégiques, et qui souhaite limiter la capacité de contrôle de l'entreprise acquéreuse sur la cible. Ces mesures iraient dans des directions diamétralement opposées, laissant l'investisseur étranger disposer d'une marge de manœuvre étroite ayant pour effet de réduire la valeur réelle de l'acquisition envisagée.

Outre l'existence de certains parallélismes de procédure pour illustrer la prolifération des enquêtes, il existe également une corrélation entre la délimitation des seuils de notification ex ante des concentrations subventionnées et le nombre d'opérations effectivement examinées.

Paragraphe 2 : L'impact de la délimitation des seuils* sur la conduite des enquêtes

Lors de la consultation des parties prenantes à propos du Livre blanc relatif aux subventions étrangères, le cabinet d'avocats Freshfields Bruckhaus Deringer a précisé la chose suivante :

« A large part of the burden on undertakings under a framework such as that proposed is the assessment of the need to notify, so the thresholds must be as clear and unambiguous as possible, and quantitative rather than qualitative »³⁷⁶ (les seuils doivent être aussi clairs et sans équivoque que possible).

Si satisfaire à cette exigence devient une nécessité, le législateur s'est efforcé de donner du sens aux seuils adoptés. Pour autant, les seuils restent assez larges pour envelopper un grand nombre de subventions dans le cadre de concentrations (A), même si certains outils permettent de mieux circonscrire les concentrations problématiques (B).

* À noter : par « seuils », il est cette fois-ci, fait référence aux seuils prévus par le règlement n°2022/2560 relatif aux subventions étrangères.

³⁷⁶ Contribution du cabinet d'avocats Freshfields Bruckhaus Deringer à la consultation sur le Livre blanc, 22 septembre 2020, J. GOYDER.

A) L'élaboration de seuils à la fois cohérents et larges, sources d'un nombre élevé de concentrations notifiées

Si ce même cabinet d'avocats³⁷⁷ estimait que les seuils de chiffre d'affaires devaient être suffisamment élevés pour que seules les transactions d'une certaine importance soient prises en compte, le Parlement européen avait au contraire proposé lors du trilogue un seuil de chiffre d'affaires bien plus réduit de 400 millions d'euros³⁷⁸. Bien que de son côté, le Conseil de l'Union européenne ait suggéré un seuil de 600 millions d'euros³⁷⁹, un seuil définitif de 500 millions d'euros sera retenu (FSR, article 20(3)(a)). Il s'agit d'un seuil relativement élevé comparé au seuil du règlement sur les concentrations (EUMR, l'article 1(2)(b) prévoit un seuil de 250 millions d'euros de chiffre d'affaires total réalisé dans la Communauté). C'est en fixant un seuil élevé destiné à sélectionner les concentrations de grande envergure — « *the big ticket* »³⁸⁰ — que de nombreuses opérations seront exclues du contrôle, réduisant ainsi le nombre d'enquêtes. Bien que les concentrations sous les seuils puissent toujours faire l'objet d'un examen *ex officio*, ce seuil de 500 millions d'euros suggère que la Commission souhaite se concentrer sur les concentrations les plus nocives³⁸¹. C'est d'ailleurs dans son étude d'impact que cette dernière déclare qu'un seuil de chiffre d'affaires élevé réduirait de moitié le nombre de notifications en se focalisant sur les cas les plus importants et susceptibles d'entraîner le plus de distorsions³⁸². Au surplus, le seuil de chiffre d'affaires concerne « *au moins une des parties à la fusion, l'entreprise acquise ou l'entreprise commune* », ce qui permet de circonscrire davantage le nombre d'opérations notifiées dans les cas d'acquisition et d'entreprise commune, bien que selon Johannes BARBIST il s'agit d'une erreur de rédaction³⁸³. Non seulement aucun chiffre d'affaires ne pourrait être attribué aux entreprises communes tout juste créées, mais la rédaction de cet article ouvrirait la porte à des structurations créatives dans le cas des acquisitions, destinées à contourner les règles. En ce qui concerne les fusions, il est évident qu'il y a plus de chances que le seuil soit atteint, menant ainsi à un nombre plus élevé de concentrations notifiées.

Bien que le FSR s'inspire probablement des seuils du règlement relatif aux concentrations, il reste important de souligner que les seuils qui y sont définis : « *ne représentent pas un indice*

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ Parlement européen, Report on the proposal for a regulation on foreign subsidies distorting the internal market (COM(2021)0223 – C9-0167/2021 – 2021/0114(COD)), A9-0135/2022 (pages 34-35).

³⁷⁹ Conseil de l'Union européenne, Interinstitutional File: 2021/0114(COD), 4 May 2022, 8713/22, Proposal for a regulation on foreign subsidies distorting the internal market - Mandate for negotiation with the European Parliament (page 39).

³⁸⁰ Op. cit. M. OLTHOFF, Webinaire DG COMP, [Let's Talk Competition](#) | « *Foreign Subsidies Regulation* ».

³⁸¹ Op. cit. L. HORNKHOL, *The EU Foreign Subsidy Regulation – What, Why and How* (page 19).

³⁸² Op. cit. Commission européenne, Impact Assessment accompanying the Proposal for a Regulation on foreign subsidies distorting the internal market, 5.5.2021 (page 52).

³⁸³ Op. cit. J. BARBIST, *Die Verordnung fiber den Binnenmarkt verzerrende dritt- staatliche Subventionen Eine Einföhrung samt kritischer Auseinandersetzung mit den Vorschriften fiber Zusammenschlüsse*, (pages 245-246).

de la nocivité de l'opération de concentration mais constituent avant tout un critère de répartition des compétences »³⁸⁴. Il y a là une divergence dans l'esprit et l'objectif des seuils prévus dans le FSR, lequel cherche expressément à contrôler les opérations les plus nocives. Le seuil de chiffre d'affaires présent dans l'EUMR reposait sur l'idée que la Commission devait nécessairement avoir une compétence exclusive pour les concentrations de dimension communautaire, il était important d'instaurer un *one-stop shop* pour éviter la complexité des multi-notifications³⁸⁵. Néanmoins, lorsque des seuils supplémentaires avaient été ajoutés le 1^{er} mars 1998 à l'article 1(3) du règlement relatif aux concentrations, l'objectif était d'inclure davantage de concentrations transfrontalières³⁸⁶.

Par ailleurs, un seuil complémentaire est prévu par l'article 20(3)(b) qui reprend l'esprit du règlement sur les concentrations et sa notion de « *l'ensemble des entreprises concernées* » (EUMR, article 1(2)) étant donné que le FSR désigne : i) dans le cas d'une acquisition, l'acquéreur ou les acquéreurs et l'entreprise acquise; ii) dans le cas d'une fusion, les entreprises parties à la fusion; iii) dans le cas d'une entreprise commune, les entreprises créant une entreprise commune et l'entreprise commune. Cet article impose aux entreprises notifiables au sens du premier seuil, de notifier une concentration si elles ont reçu de pays tiers des contributions financières totales cumulées de plus 50 millions d'euros. Il s'agit d'un seuil bas et *de facto* large, impliquant que de nombreuses entreprises soient concernées et éligibles à la notification (comme nous l'avons vu au précédent chapitre (**Seconde partie, Chapitre 1**))

B) Le seuil de minimis et les exceptions prévues pour réduire le nombre de notifications

Tout d'abord, un seuil dit « *de minimis* » est inscrit dans le règlement pour écarter les subventions n'entraînant pas de distorsion du marché intérieur, et par la même occasion, pour réduire le nombre d'enquêtes. Au sein du FSR, il est prévu que lorsque le montant total d'une subvention étrangère octroyée à une entreprise ne dépasse pas le montant d'une aide de minimis au sens de l'article 3(2) du règlement (UE) n°1407/2013³⁸⁷, cette subvention est exemptée de contrôle. Ce concept s'inspire en grande partie du contrôle des aides d'État qui exempte de l'obligation de notification, les aides de minimis attribuées à une entreprise unique et dont le montant ne peut excéder 200 000 euros sur une période de trois exercices fiscaux³⁸⁸.

³⁸⁴ L. VOGEL, Contrôle européen des concentrations, JuriBases, Lawlex, 2010 (page 37).

³⁸⁵ D. BERLIN, Contrôle des concentrations, Institut d'études européennes, Éditions de l'Université de Bruxelles, Commentaire J. Mégret (3^e édition), Droit communautaire de la concurrence sous la coordination de L. Idot (page 127).

³⁸⁶ C.J. COOK, C.S. KERSE, EC Merger Control, Sweet & Maxwell, Fifth Edition (page 80).

³⁸⁷ Règlement (UE) n°1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides de minimis (JO L 352 du 24.12.2013, p. 1).

³⁸⁸ Op. cit. L. HORNKHOL, *Protecting the Internal Market from Subsidisation with the EU State Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?*, (page 143).

Par ailleurs, le règlement d'exécution³⁸⁹ indique que concernant les contributions financières qui ne relèvent d'aucune des catégories de subventions les plus susceptibles de fausser le marché intérieur (FSR, article 5), les entreprises doivent seulement faire figurer les pays pour lesquels le montant cumulé de toutes les contributions est égal ou supérieur à 45 millions d'euros (point 3). Plus encore, il est demandé aux entreprises de ne pas indiquer certains types de contributions étrangères (point 6) et notamment celles qui sont inférieures à 1 million d'euros ou encore celle qui sont octroyées à d'autres fonds d'investissement avec des investisseurs qui, en termes de droits sur le bénéficiaire, sont majoritairement différents (point 7)³⁹⁰.

Toutefois, la Commission a relevé en pratique que dans certaines situations, les parties notifiantes peuvent atteindre les seuils tout en étant exemptés de déclarer les contributions étrangères au titre du règlement d'exécution³⁹¹. Les entreprises devront alors exposer les raisons à l'aide d'informations supplémentaires, justifiant les exemptions pour chacune des contributions étrangères concernées. Ce cas de figure pourrait prolonger les délais de l'enquête.

Enfin, il convient de noter que la Commission garde la possibilité de modifier, s'il y a lieu, le seuil de notification prévu par l'article 20(3)(a) du FSR après avoir évalué ce seuil à la lumière de son expérience acquise au cours de la mise en œuvre et de l'exécution du règlement; et établi la nécessité de modifier ce seuil afin d'assurer que les procédures de notification des concentrations permettent l'identification précise des subventions étrangères faussant le marché intérieur (FSR, article 49).

³⁸⁹ Règlement (UE) n°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 (JO L 177 du 12.7.2023, p. 1–44).

³⁹⁰ Règlement n°2023/1441, Instructions pour la fourniture d'informations sur les contributions financières étrangères ne relevant d'aucune des catégories de l'article 5, paragraphe 1, points a) à e) (section 5.3).

³⁹¹ Op. cit. Commission européenne, FSR brief, Issue 1, February 2024 (page 3).

Bibliographies et sources.

À noter : Les références sont classées en principe par ordre alphabétique, sauf mention contraire telle que « *ordre chronologique* ».

- **Références bibliographiques**

- Ouvrages

- C. BERGEAL, Manuel de légistique, Berger Levrault, 9^e édition, 2022.
- D. BERLIN, Contrôle des concentrations, Institut d'études européennes, Éditions de l'Université de Bruxelles, Commentaire J. Mégret (3^e édition), Droit communautaire de la concurrence sous la coordination de L. Idot.
- A. BRADFORD, The Brussels Effect, How the European Union rules the World, Oxford University Press, 2020.
- G. BRAIBANT, « *Droit d'accès et droit à l'information* », Service public et libertés : Mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier, Éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981.
- M. CHAGNY et J. BERLEMENT, Lamy Droit économique, Y. UTZSCHNEIDER, M. RIVOLLIER, E. JEGOU, J-J. LEMONNIER et J. ERNEWEIN, *Compétence exclusive de la Commission européenne dans le contrôle des opérations de concentration de dimension européenne : le principe du guichet unique*.
- C.J. COOK, C.S. KERSE, EC Merger Control, Sweet & Maxwell, Fifth Edition.
- P. B. DA SILVEIRA, Le contrôle des concentrations transnationales, L'Harmattan, 2013.
- F. E. GONZALEZ DIAZ, « *The Effect Based Approach in EU Merger Control* », in J. Bourgeois et D. Waelbroeck (dir.), Ten years of effect-based approach in EU competition law — State of play and perspectives, Bruylant, Bruxelles, 2012.
- L. HORNKHOL, *The EU Foreign Subsidy Regulation— What, Why and How?*, July 31, 2022, Weaponising investments (volume II) – Springer Studies in the Law and Geo-economics (preprint and unedited version).
- M. KARPENSCHIF, Manuel de droit européen des aides d'État, 4^e édition, Competiton Law, Bruylant, 2021.
- A. MALRAUX, L'Espoir, 1937.
- F. MARTUCCI, Droit de l'Union européenne, HyperCours Dalloz, 3^e édition, 2021.
- F. MARTUCCI, E. DUBOUT, F. PICOD, L'extraterritorialité en droit de l'Union européenne, Bruylant, 2021.

- P. PESCATORE, *La notion de marché commun dans les traités instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Benelux et les Communautés européennes*, En hommage à V. GOTHOT, 1962.
 - N. PETIT, Droit européen de la concurrence, Précis Domat, 2e édition, 2018.
 - A. REINDL, I. VAN DAMME, The EU Foreign Subsidies Regulation, Concurrences, 2024.
 - J-C RODA et M-A FRISON-ROCHE, Droit de la concurrence, 2^e édition, 2022.
 - U. SCHWALBE, D. ZIMMER, Law and Economics in European Merger Control, Oxford University Press, 2009.
 - J. SCOTT, M. CREMONA, EU Law beyond EU borders: the extraterritorial reach of EU law, Oxford University Press, 2019.
 - A. SVETLICINII, *The Interactions of Competition Law and Investment Law: The Case of Chinese State- Owned Enterprises and EU Merger Control Regime*, dans Handbook of International Investment Law and Policy. Springer, Singapore, 2019, https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_36-1.
 - J. TIROLE, Économie du bien commun, 2016.
 - L. VOGEL, Contrôle européen des concentrations, JuriBases, Lawlex, 2010.
 - L. VOGEL, Contrôle européen des aides d'État, 2^e édition, Lawlex, Bruylant, 2020.
 - L. VOGEL, Commentaire Concurrence I, Commentaire article par article du TFUE et des règlements procédure et concentrations, LawLex, Bruylant, 2020.
- Encyclopédies et dictionnaires
- Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales, <https://www.cnrtl.fr/>.
 - Dictionnaire de droit de la concurrence, sous la direction scientifique de M. CHAGNY, E. COMBE, D. JOUVE, Concurrences, <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/>.
 - Oxford English Dictionary, <https://www.oed.com/>.
- Articles (doctrine, revues et publications de cabinets d'avocats)
- A. ALEMANNI, *Unpacking the Principle of Openness in EU Law: Transparency, Participation and Democracy*, European Law Review, 2014, vol. 39 n°1.
 - B. AMMORY, C. DE NAVACELLE, H. DE LA BARRE D'ERQUELINNES, S. J. EVENETT, *Beyond Alstom-Siemens: Is there a need to revise competition law goals?* (New Frontiers of Antitrust - Paris, June 14th, 2019), November 2019, Concurrences N° 4-2019.
 - J. BARBIST, *Die Verordnung fiber den Binnenmarkt verzerrende dritt- staatliche Subventionen Eine Einfuhrung samt kritischer Auseinandersetzung mit den Vorschriften*

fiber Zusammenschlüsse, Zeitschrift für Öffentliches Recht (ZoR), vol. 78(2), 2023 (article en langue allemande).

- T. BAUERMEISTER, *A tool to investigate M&A transactions with regard to foreign financial contributions* ZEuS (Zeitschrift für Europarechtliche Studien) Volume 25 (2022) Issue 3.
- P. BELMIN, V. BRIDOUX, L. DAMELET, V. GODEFROOD-BERRA, M. LANDREAU, F. MARTY, *Dossier Règlement “Subventions étrangères” : Explicitation et réflexion à destination des entreprises et des praticiens du droit pour une application “clé en main”*, Concurrences N°4-2023.
- R. BISMUTH, *Screening the Commission's Regulation Proposal Establishing a Framework for Screening FDI into the EU*, European Investment Law and Arbitration Review, 2018.
- S. BLAZEK, J-C. HEGENER, *Substantive and Procedural Parallels and Overlaps Between Art ; 107, 108 TFEU and the (Draft) Regulation*, ZEuS 3/2022, DOI: 10.5771/1435-439X-2022-3-453.
- S. BLAZEK, S. WALDMANN, *The EU Foreign Subsidies Regulation*, American Bar Association, Novembre 2023.
- J. BLOCKX, *The proposal for an EU Regulation on foreign subsidies distorting the internal market How will it impact corporate mergers and acquisitions?* (draft version : 30 September 2021).
- J. BLOCKX et P. MATTIOLO, *The Foreign Subsidies Regulation: Calling Foul While Upping the Ante?* European Foreign Affairs Review, Vol. 28, Special Issue, 2023.
- J. BORELL, *Pourquoi l'Europe doit-elle être stratégiquement autonome ?*, Éditoriaux de l'Ifri, 2020.
- D. BOSCO, *La « faute politique » serait de politiser le contrôle des concentrations*, Contrats-Concurrence-Consommation, N°5 Mai 2019, LexisNexis.
- M. BOUDOU, *Contrôle des concentrations et prohibition des pratiques anticoncurrentielles : entre compétences antagonistes et compétences complémentaires*, RJDA 7/19.
- P. BOUGETTE, *Négociation d'engagements en matière de concentrations: une perspective d'économiste*, Revue internationale de droit économique, 2011, 4.
- M. P. BROBERG, *Access to documents: a general principle of Community law ?*, European Law Review, 2002, vol. 27 n°2.
- A. BROWN, *European Commission Adopts White Paper on Tackling Foreign Subsidies, Including in the Field of Public Procurement*, Public Procurement Law Review, 2020 Issue n°6.

- F. BRUNET, et P. GEFRIAUD. « *La réforme du mécanisme des renvois : vers une coopération multilatérale ?* », LEGICOM, vol. 30, no. 1, 2004.
- P. CALLOL, *Protectionist trends in cross-border mergers and acquisitions in Europe: national interest, FDI and other ingredients of the growing regulatory maze*, European Competition Law Review, 2021, 42(3).
- G. CANIVET, *Économie de la justice et procès équitable*, JCP G. 2001.
- J. M. CARPI BADIA, *EU Merger Control in a globalized economy*, Competition Law & Policy Debate, Vol. 6 Issue 1, March 2020, (page 25).
- W. CHAIEHLOUDJ, *Faut-il repenser le droit européen des concentrations après l'affaire Alstom/Siemens?*, Cahiers de droit européen, 2019, 2-3.
- E. CHANTREL, *Efficiencia económica*, Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, Art. N° 86411.
- E. CLAUDEL, *GAFAM et « Killers acquisitions » : Faut-il réformer le droit des concentrations ? Vers un droit spécial des entreprises systémiques ou structurantes*, 2020, Concurrences N° 4-2020.
- CLEARY GOTTlieb, Memorandum, *EU Foreign Subsidies Regulation Takes Effect and Filing Forms Adopted*, 2023.
- M. COLE, A. ROGERS, J. HAVERALS, *European Commission's approach to Article 22 referrals in jeopardy after AG opinion*, Norton Rose Fulbright, Avril 2024.
- C. DACKÖ, C. BRODIN et A. ARLEBO, *The FDI Screening Mechanisms and the Draft EU Foreign Subsidy Regulation – Potential Conflicts of Interests and in Application*, ZEuS 3/2022, DOI: 10.5771/1435-439X-2022-3-505.
- L. DAMELET, *Règlement européen relatif aux subventions étrangères*, Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, Art. N° 107803.
- J. DAVIES, *Has EU Competition Policy Diverged From Its Foundations?* Brunswick Global Antitrust and Competition Practice Group, Février 2023, <https://www.brunswickgroup.com/has-eu-competition-policy-diverged-from-its-foundations-i24021/>.
- E. DE SMIJTER, *There's a New Kid in Town: The Foreign Subsidies Regulation*, Journal of European Competition Law & Practice, 2022, Vol. 13, No. 8.
- Editorial Comments: *Think big? Think twice! EU competition law in the face of calls for European champions*, Common Law Market Review, vol. 56 Issue n°2
- EVERSHEDES SUTHERLAND, *The EU Foreign Subsidies Regulation: What are the key takeaways for businesses from the Commission's experience to date?* Mars 2024,

<https://www.eversheds-sutherland.com/en/global/insights/foreign-subsidies-regulation-key-takeaways-for-businesses>.

- K. FOUNTOUKAKOS, L. VAN DEN HENDE, M. SCHONBERG, *The EU Council adopts the Foreign Subsidies Regulation and the Commission schedules publication of the draft implementing regulation for the start of 2023*, 2022, Concurrences, Art. N° 110272.
- P. FRITON, M. KLASSE, C. YUKINS, *The EU Foreign Subsidies Regulation: Implications For Public Procurement And Some Collateral Damage*, GW Law School Public Law and Legal Theory, Government Contractor vol. 65 n°11, Paper No. 2023-18.
- D. HILDEBRAND, *The equality and social fairness objectives in EU competition law : The European school of thought*, 2017, Concurrences N°1-2017, Art. N° 82642.
- L. HORNKHOL, *Protecting the Internal Market from Subsidisation with the EU State Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?*, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 14, Issue 3, Avril 2023.
- L. HORNKHOL, *The EU Foreign subsidies regulation's impact on M&A*, White paper: How will the new EU Foreign Subsidies Regulation work?, 2023, Wolters Kluwer, Kluwer Competition Law.
- L. HORNKHOL, *The Role of Third Parties in the Enforcement of the Foreign Subsidies Regulation: Complaints, Participation, Judicial Review, and Private Enforcement*, Mai 2023, Competition Law & Policy Debate, (preprint and unedited version).
- L. IDOT, *Le règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur : un nouvel outil en droit de la concurrence*, Revue EUROPE LexisNexis, Juin 2023 N°6.
- T. KÄSEBERG et S. GAPPA, *Systems Competition – China' Challenge to the Competition Order: Do we need new rules to protect a level playing field for competition with firms from non-EU countries?*, Competition Policy International, 2021.
- J. KOCIUBINSKI, *The Proposed Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: The Way Forward or Dead End?*, European Competition and Regulatory Law Review (CoRe), n°1-2022.
- J. KÜHLING, P. REINHOLD, T. WECK, *State Capitalism and Level Playing Field: The Need for a 'Third-Country State Aid Instrument' to Restore a Level Playing Field in the EU's Internal Market*, EStAL 4/2020.
- R. LANNEAU, *La neutralité concurrentielle, nouvelle boussole du droit (public) économique ?*, Revue LexisNexis de Droit administratif, 2016/1.
- F-C. LAPRÉVOTE et W. LIN, *Between State Aid, Trade and Antitrust: The Mixed Procedural Heritage of the Foreign Subsidies Regulation and the Overarching Principle of Non-Discrimination*, ZEuS 3/2022, DOI: 10.5771/1435-439X-2022-3-443.

- LATHAM & WATKINS, Foreign Subsidies Regulation: Key Updates for PE Deal Teams, Juillet 2023, <https://www.lw.com/en/insights/foreign-subsidies-regulation-key-updates-for-pe-deal-teams>.
- C. LI, *The European Union's Open Strategic Autonomy: Strengthening Inward Foreign Direct Investment Controls*, EurAmerica, vol. 53 n°4, DOI: [https://doi.org/10.7015/JEAS.202312_53\(4\).0001](https://doi.org/10.7015/JEAS.202312_53(4).0001).
- T. LI, *Legal Issues in the European Union's Anti-Cross Border Subsidy Measures: A Study, 2nd International Conference on Management Research and Economic Development*, DOI: 10.54254/2754-1169/83/20240713, 2024.
- Z. LIYING, *The European Union's New Anti-subsidy Policy as per the Regulation on Foreign Subsidies (2022)*, Journal of WTO and China, Volume 13, Issue 2, 2023.
- R. LUJA, *The Foreign Subsidies Regulation : Countering State Aid Beyond the European Union*, European State Aid Law Quarterly (EStAL) 2/2021.
- F. MARTUCCI, *Level playing field*, French Journal of Legal Policy, n°1 nov. 2023.
- F. MARTUCCI, *Level playing field : une antienne protectrice du droit de l'Union*, Dossier level playing field, RTDEur. 2023/4.
- M. MARTYNISZYN (2012). *A Comparative Look on Foreign State Compulsion as a Defence in Antitrust Litigation*, Competition Law Review, 8(2).
- T. McIVER, S. BRAÜER, A-M HEEMSOTH, K. ANDERSON & M. MACDONALD, *New European Union Foreign Subsidies Regulation Targets Inbound M&A Activity*, 27 M & A Law. NL 4, March 2023.
- N. McNELIS, EU can't tackle foreign subsidies properly without more resources, Guersent says, MLEX, 7 Février 2023.
- J. MENDES, 2017, "Bounded Discretion in EU Law: A Limited Judicial Paradigm in a Changing EU", The Modern Law Review, Vol. 80, Issue 3.
- M. MEROLA et F. PATUELLI, *Subventions et investissements étrangers : les défis pour les entreprises face à l'objectif d'autonomie stratégique de l'UE*, Journal de droit européen, Octobre 2023.
- J. MODRALL, *Anti-Subsidy Regulation – A new big stick in the EU Regulatory Arsenal*, Kluwer Competition Law Blog, 2021.
- J. MODRALL, *The EU Foreign subsidies regulation's impact on M&A*, White paper: How will the new EU Foreign Subsidies Regulation work?, 2023, Wolters Kluwer, Kluwer Competition Law.

- T. MÜLLER-IBOLD, *Der Einfluss Chinas auf die Wirtschaft – Konsequenzen für die europäische Wettbewerbs- und Außenhandelspolitik*, ZEuS 2/2020, DOI: 10.5771/1435-439X-2020-2-239 (article en langue allemande).
- L. NAZARIE, *Regulating foreign subsidies that distort competition – an overly ambitious goal ?* Romanian Competition Journal, vol. 2023, no. 2, 2023.
- J. H. POHL, *Strategic autonomy as a means to counter protectionism*, ERA Forum volume 22, 2021, <https://doi.org/10.1007/s12027-021-00670-w>.
- F. PUEL et A. MARESCAUX, *Opérations de concentration sous les seuils : la multiplication des voies de contrôle ex post*, Éditions législatives, Lefebvre Dalloz.
- A. RIMSA, F-C LAPRÉVOTE, G. D'ANDREA, M. SIRAGUSA, A. COMINO, *The EU Commission proposes a far-reaching regulation to tackle foreign subsidies*, Concurrences, May 2021, Art. N° 101054.
- S. RITZEK-SEIDL, *The Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market – Outline of the Provisional Agreement*, ZEuS 3/2022, DOI: 10.5771/1435-439X-2022-3-423.
- S. ROBERT-CUENDET, *La lutte contre les subventions étrangères : nouveau pilier de la politique européenne de la concurrence*, Le Club des Juristes, 2021.
- N. C. RODRIGUES, *Foreign Subsidies : An overview of EU and national case law*, 5 avril 2024, Concurrences, Art. N° 116825.
- A. RONZANO, *Contrôle des concentrations - simplification : La Commission adopte son paquet « simplification » élargissant le champ de la procédure simplifiée et allégeant le volume des informations requises*, 5 décembre 2013, Concurrences N°1-2014, Art. N° 67981.
- C. SCHOLKE, A. GAYK und P. TRAPP, Düsseldorf, *Verordnung über wettbewerbsverfälschende Subventionen aus Drittstaaten - Neue Hürden für M&A Deals?* NZKart (Neue Zeitschrift für Kartellrecht) 11/2022 (article en langue allemande).
- M. SCHONBERG, *The EU Foreign Subsidies Regulation: Substantive Assessment Issues and Open Questions*, EStAL 2/2022.
- K. SIDERI, *Regulating foreign subsidies: legal implications under EU competition law*, European Competition Law Review E.C.L.R. 2023, 44(2).
- T. SIRE, *The uneven playing field, How to deal with foreign subsidies when assessing mergers ?*, Concurrence N°1-2022.
- U. SOLTÉSZ, *„Game Changer“ für die M&A-Praxis: Die Verordnung über Drittstaatssubventionen*, NZKart 2022 (article en langue allemande).
- U. SOLTÉSZ, *Commission dreams of hybrid creatures: new tools under the White Paper on foreign subsidies*, E.C.L.R. 41 (2020)/12.

- U. SOLTÉSZ, *Foreign subsidies Control : A Bureaucratic Monster ?* European State Aid Law Quarterly, Vol. 22 (2023) Issue 2.
- U. SOLTÉSZ, *Be Careful What You Wish For... The Foreign Subsidies Regulation Triggers Buyer's Remorse*, March 20, 2023, Kluwer Competition Law Blog.
- SQUIRE PATTON BOGGS, *EU Foreign Subsidies Regulation – M&A implications for Private Equity*, Mai 2023, <https://www.squirepattonboggs.com/en/insights/publications/2023/05/eu-foreign-subsidies-regulation-m-and-a-implications-for-private-equity>.
- X. SU, *A Critical Analysis of the EU's Eclectic Foreign Subsidies Regulation: Can the Level Playing Field Be Achieved?*, Legal Issues of Economic Integration, Volume 50 - Issue 1, Published Jan 2023.
- D. TAYAR, E. XUEREF-POVIAC, *Renvoi par une autorité nationale : La Commission européenne se déclare compétente pour examiner des opérations de concentration sensibles en dessous des seuils nationaux*, Concurrences N° 4-2020.
- S. THOMAS, *The Known Unknown, In Search for a Legal Structure of the Significance Criterion of the SIEC Test*, Journal of Competition Law & Economics, 13(2), 346–387 doi:10.1093/joclec/nhx014.
- P. TRAPP *Das Weißbuch der Kommission zur Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten* EuZW (Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht) Heft 22/2020 (article en langue allemande).
- P. TRAPP, *Chinesische Staatsunternehmen – Eine Herausforderung für das europäische Wettbewerbsrecht*, ZEuS 2/2020, DOI: 10.5771/1435-439X-2020-2-327 (article en langue allemande).
- I. VAN DAMME, *Understanding the Foreign Subsidies Regulation*, University of Bologna Review, vol. 9 Issue n°1, <https://doi.org/10.6092/issn.2531-6133/19378>.
- R. VANDENDRIESSCHE et C. BUTS, *Closing the Regulatory Gap ? A case study on the Acquisition of a Semiconductor Producer under the EU Foreign Subsidies Regulation*, Journal of European Competition Law & Practice, 2024, Vol. 15, No. 2.
- M. VIALLE, *Le règlement (UE) n° 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur - L'instauration d'un contrôle par la Commission européenne exercé sur les entreprises bénéficiant de subventions octroyées par des pays tiers créant des distorsions de concurrence au sein du marché intérieur*, Revue des affaires européennes, L.E.A. 2023/1.
- S. B. VÖLCKER, *Mind the gap: Unilateral Effects Analysis arrives in EC Merger Control*, European Competition Law Review, n°7, 2004.
- A. WASCHMANN, *Politique de contrôle des opérations de concentration*, Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, Art. N° 12341.

- D. WEERASINGHE, *The impact of the EU Foreign Subsidies Regulation on state-owned entities and sovereign wealth funds in Asia and the Middle-East*, White paper: How will the new EU Foreign Subsidies Regulation work?, 2023, Wolters Kluwer, Kluwer Competition Law.
 - W. WEIß, *Ex Officio Third Country Subsidies' Review – Similarities with and Differences to State Aid Procedures*, ZEuS 3/2022, DOI: 10.5771/1435-439X-2022-3-467.
 - R. WILLIAMS, *The European Commission White Paper on Foreign subsidies: A UK Perspective*, Public Procurement Law Review, 2020 Issue n°6.
 - J. S. WOLSKI, *Legal Basis of the Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market*, EStAL 2/2022.
 - T. YALCIN, *Additional regulatory layer for mergers and acquisitions transactions proposed by the new Foreign Subsidies Regulation (FSR) of the EU*, Company Lawyer, 2023, 44(3).
 - J. ZÖTTL, Düsseldorf, und P. WERNER, Brüssel, *Vive l'Industriepolitik - M&A unter der neuen Drittstaatensubventionsverordnung*, NZKart 9/2022 (article en langue allemande).
- Notes, rapports d'étude et d'information (par ordre chronologique)
- Rapport de l'ADLC au Ministre de l'Économie et des Finances par F. ZIVY, « *Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe – Une réforme « gagnant-gagnant » au service de la compétitivité* », 16 décembre 2013.
 - Rapport d'information n°2105 déposé à l'Assemblée nationale par la Commission des affaires européennes sur la politique européenne de concurrence, 8 juillet 2014.
 - The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS), Congressional research service, report n°RL33388 by J. K. JACKSON, updated in July 2018.
 - OCDE, Accès aux pièces et protection des informations confidentielles - Note de référence, Direction des affaires financières et des entreprises (Comité de la concurrence), DAF/COMP/WP3(2019)6, 2019.
 - Monopolkommission - Chinese state capitalism: A challenge for the European market economy- Chapter IV of the Biennial Report XXIII of the Monopolies Commission ("Competition 2020").
 - European Court of Auditors, Review n°3, *The EU's response to China's state-driven investment strategy*, 2020.
 - O. BROOKE, K. J. CSERES, *Policy report: Priority setting in EU and national competition law enforcement*, 2021.
- Colloques (par ordre chronologique)

- Colloque « *Vers un réseau européen du contrôle des concentrations* », Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne Amphithéâtre Liard, 12 juin 2019, sous la direction de C. PRIETO, retranscription publiée dans la revue juridique de la Sorbonne - Juin 2020 – n° 1.
- Thèses, mémoires et « paper »
 - M. BLANCHARD, L'égalité de traitement entre entreprises en droit communautaire de la concurrence, Thèse (Université Paris 2 Panthéon-Assas) conduite sous la direction de H. GAUDEMET-TALLON, 2004.
 - A. BONNET, Les groupes et le contrôle européen des concentrations d'entreprises. Essai sur la cohérence substantielle du contrôle européen des concentrations d'entreprises. Thèse (Université de Pau et des Pays de l'Adour), 2020.
 - C. CUNNINGHAM, F. EDERER et S. MA, « *Killers acquisitions* », *Paper*, Journal of Political Economy, vol. 129 n°3, 2020.
 - M. DE LA MANO and B. DURAND, « *A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82* », *Paper*, DG COMP, 2005.
 - L. ELFASSY, « *Les killers acquisitions* », *Paper* conduit sous la direction de F. MARTUCCI (Université Paris 2 Panthéon-Assas), 2023.
 - G. HUFBAUER, T. MOLL, L. RUBINI, *Investment Subsidies for Cross-Border M&A: Trends and Policy Implications*, United States Council Foundation, Occasional paper n°2, Avril 2008.
 - J. B. RITTALER, Industrial Concentration and the Chicago School of Antitrust Analysis, A Critical Evaluation on the Basis of Effective Competition, Thèse, 1989.
 - G. SCHWARTZ, B. CLEMENTS, « *Government subsidies* », Journal of Economic Surveys, vol. 13 Issue n°2, 1999.
 - J. WANG, « *Le contrôle des subventions étrangères en droit européen* », mémoire conduit sous la direction de L. NICOLAS-VULLIERME (Université Panthéon-Assas), 2023
- Références législatives et réglementaires (par ordre chronologique)
 - Traités
 - Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
 - Traité sur l'Union européenne.
 - Accords internationaux
 - Accord de l'OMC sur les Subventions et les Mesures Compensatoires (ASCM), adopté le 15 avril 1994 à Marrakech.

○ Règlements européens

- Règlement (CE) n° 1049/2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145 du 31.5.2001, p. 43–48).
- Règlement (CE) n°139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24 du 29.1.2004, p. 1–22).
- Règlement (UE) n°1269/2013 du 5 décembre 2013 modifiant le règlement (CE) no 802/2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 336 du 14.12.2013, p. 1–36).
- Règlement (UE) n°1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides de minimis (JO L 352 du 24.12.2013, p. 1).
- Règlement (UE) n°2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO L 248 du 24/09/2015, p. 9–29).
- Règlement (UE) n°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) n°2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union (JO L 79 I du 21.3.2019, p. 1).
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, COM(2021) 223 final, 2021/0114 (COD), 5.5.2021
- Règlement (UE) n°2022/2560 du 14 décembre 2022 relatif aux subventions faussant le marché intérieur (JO L 330/1 du 23.12.2022).
- Règlement (UE) n°2023/914 du 20 avril 2023, concernant la mise en œuvre du règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et abrogeant le règlement (CE) no 802/2004 de la Commission (JO L 119, 5.5.2023, p. 22–102).
- Règlement (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 (JO L 177 du 12.7.2023, p. 1–44).

○ Directives européennes

○ Documents officiels (UE, États membres et hors UE, Organisations internationales)

- Proposition modifiée d'un règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO C130, 88/C 130/05), 19 mai 1988.

- Commission européenne, programme de travail, 8 février 1995, DOC/95/1.
- Commission des communautés européennes, Contrôle communautaire des opérations de concentrations Livre vert concernant la révision du règlement sur les concentrations COM(96) 19 final, 31.1.1996.
- ICN Recommended practices for merger notification and review procedures, 2002-2008.
- Commission européenne, communication sur la compétence 2008-C 95-01 du 10 juillet 2007.
- Commission européenne, communication juridictionnelle 2009/C 43/09 concernant le règlement n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO C 95 du 16.04.2008).
- Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees (2008/C 155/02), (JO C 155/10 20.6.2008).
- Commission européenne, Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, 22.10.2008, (2008/C 267/01).
- OCDE, *Competitive neutrality, A compendium of OECD recommendations, guidelines and best practices*, 2012.
- Commission européenne, communication, Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers (2014/C 249/01).
- Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the White Paper: Towards more effective EU merger control. SWD(2014) 217 final.
- OCDE, *Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Enforcement, note by the European Union*, 16-18 June 2015, DAF/COMP/WD(2015)31.
- OCDE, *Public Interest Considerations in Merger Control*, Note by the European Commission, 2016, Directorate for financial and enterprise affairs, DAF/COMP/WP3/WD(2016)11.
- Lettre à Ms C. MALMSTRÖM de l'Allemagne, la France et l'Italie, Février 2017.
- Parlement européen, Résolution P8_TA(2017)0305 du 5 juillet 2017 sur l'élaboration d'une stratégie industrielle ambitieuse de l'Union européenne en tant que priorité stratégique pour la croissance, l'emploi et l'innovation en Europe, ((2017/2732(RSP)), (JO C334/124, 19.9.2018).
- Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 sur l'état des relations entre l'Union européenne et la Chine (2017/2274(INI)), (JO, C 433/103, 23.12.2019).

- BDI, GRUNDSATZPAPIER | CHINA, Partner und systemischer Wettbewerber – Wie gehen wir mit Chinas staatlich gelenkter Volkswirtschaft um?, Janvier 2019 (langue allemande).
- Government of the Netherlands, Ministry of Foreign Affairs, Agenda for 2019-2024, *An open strong and sustainable European economy that offers protection*, March 2019, cd1217nb001.
- Non-paper strengthening the level playing field on the internal market, The Netherlands, 2019.
- OMC, Note d'information du secrétariat sur les dispositions de l'ASMC en matière de notification, 2019, (G/SCM/W/546/Rev.10).
- Commission européenne, communication, *L'heure de l'Europe: réparer les dommages et préparer l'avenir pour la prochaine génération* (SWD(2020) 98 final), COM(2020) 456 final, Bruxelles, 2020.
- Parlement européen, Rapport sur la politique de concurrence (rapport annuel pour 2019), A9-0022/2020, (2019/2131(INI)), 2020.
- OCDE, *Start-ups, acquisitions anticoncurrentielles et seuils de contrôle des fusions*, contribution de la France, Direction des affaires financières et des entreprises (Comité de la concurrence), DAF/COMP/WD(2020)16, 11 juin 2020.
- Commission européenne, Livre blanc relatif à l'établissement de conditions de concurrence égales pour tous en ce qui concerne les subventions étrangères, 17.6.2020, COM(2020) 253 final.
- Rapport de synthèse, Réponses à la consultation publique sur le Livre blanc relatif à l'égalisation des conditions de concurrence concernant les subventions étrangères (17.6.2020-23.09.2020).
- Résolution du Parlement européen du 18 juin 2020 sur la politique de concurrence – rapport annuel 2019 (2019/2131(INI)).
- Commission européenne, communication sur le réexamen de la politique commerciale – une politique commerciale ouverte, durable et ferme, COM(2021) 66 final, 18.2.2021.
- Commission européenne, Regulatory Scrutiny Board (RSB), Impact assessment / Addressing distortions caused by foreign subsidies, Ref ARES(2021)1650488, 5.3.2021.
- Commission staff working document, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, SWD(2021) 66 final, 26.3.2021.
- Commission européenne, Orientations concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires (2021/C 113/01), 31.3.2021.

- Commission européenne, consultation publique « *Contrôle des concentrations dans l'UE – Simplification plus poussée des procédures* », Analyse d'impact initiale – Ares(2021)2139418.
 - Commission européenne, 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*, SWD(2021) 99 final, 5.5.2021.
 - Parlement européen, Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market (COM(2021)0223 – C9-0167/2021 – 2021/0114(COD)), A9-0135/2022, 28.4.2022, Rapporteur: Christophe Hansen.
 - Conseil de l'Union européenne, Interinstitutional File: 2021/0114(COD), 4 May 2022, 8713/22, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market - Mandate for negotiation with the European Parliament.
 - Commission staff working document, impact assessment report accompanying the implementing regulation n°802/2004 and the commission notice on a simplified treatment for certain concentrations, SWD(2023) 80 final, 20.4.2023.
 - European Commission, Guidance on the preparation of public versions of Commission Decisions adopted under the Merger Regulation (non daté).
- Pages web officielles
- Simplification of merger control procedures [background], website link: https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/publications/simplification-merger-control-procedures_en#the-2023-merger-simplification-package.
 - Commission européenne, Q&A [Questions-Réponses] sur le règlement subventions étrangères, https://competition-policy.ec.europa.eu/foreign-subsidies-regulation/questions-and-answers_en.
 - Commission européenne, consultation publique (17 juin 2020 – 23 septembre 2020) sur le Livre blanc relatif aux subventions étrangères, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12452-White-Paper-on-Foreign-Subsidies_en.
 - Commission européenne, consultation publique (6 février 2023 – 6 mars 2023) sur les règles procédurales du FSR et la proposition de règlement d'exécution, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13602-Distortive-foreign-subsidies-procedural-rules-for-assessing-them_en.
- Communiqués de presse
- Commission européenne, Commissioner Monti dismisses criticism of GE/Honeywell merger review and rejects politicisation of the case, communiqué de presse du 18 juin 2001.

- A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century, Communiqué de presse, 19 février 2019.
- Commission européenne, *Un multilatéralisme renouvelé, adapté au 21^{ème} siècle : le programme de l'UE*, communiqué de presse du 17 février 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_622.
- J. BORELL, *Comment relancer le multilatéralisme dans un monde multipolaire ?*, EEAS, 2021, https://www.eeas.europa.eu/eeas/comment-relancer-le-multilat%C3%A9ralisme-dans-un-monde-multipolaire_fr.
- Commission européenne, communiqué de presse, Foreign subsidies : Commission welcomes the political agreement on Regulation on distortive subsidies, 30 juin 2022.
- Commission européenne, communiqué de presse, *Concentrations: la Commission interdit l'acquisition de GRAIL par Illumina*, 6 septembre 2022.
- Commission européenne, communiqué de presse du 20 avril 2023, Concentrations: la Commission réduit encore les contraintes administratives pesant sur les entreprises qui fusionnent.
- China Chamber of Commerce to the EU, *CCCEU Responds to EU's Closure of FSR Investigations*, 13 May 2024, http://en.ccceu.eu/2024-05/14/c_4303.htm.
- Contributions de parties prenantes aux consultations de la Commission européenne
 - Contribution du gouvernement néerlandais à la consultation sur le Livre blanc, non daté.
 - Contribution du cabinet d'avocats Clifford Chance, à la consultation sur le Livre blanc, Septembre 2020.
 - Contribution du cabinet d'avocats Freshfields Bruckaus Deringer à la consultation sur le Livre blanc, 22 septembre 2020, Joanna Goyder.
 - Contribution du cabinet d'avocats McMillan à la consultation sur le Livre blanc, 23 septembre 2020, N. CAMPBELL et W. WU.
 - Contribution de la City of London Law Society (CLLS) à la consultation sur le Livre blanc, 23 septembre 2020.
 - Contribution du cabinet d'avocats Cleary Gottlieb à la consultation sur la proposition de règlement d'exécution, Mars 2023.
 - Contribution de la CCCEU à la consultation publique sur la proposition de règlement d'exécution, 6 mars 2023, L. LIANG.
 - Contribution du cabinet Van Bael & Bellis à la consultation publique portant sur la proposition de règlement d'exécution, 6 mars 2023.

- **Références jurisprudentielles et décisionnelles (par ordre chronologique)**
 - **Cour de Justice de l'Union européenne**
 - CJCE, arrêt du 21 février 1973, *Continental Can / Commission*, affaire 6-72, ECLI:EU:C:1973:22.
 - CJCE, arrêt du 23 avril 1991, *Höfner/ Elser*, affaire C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161.
 - CJCE, arrêt du 21 novembre 1991 *Technische Universität München contre Hauptzollamt München-Mitte*, affaire C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438.
 - CJCE, Avis 1/92 du 10 avril 1992, ECLI:EU:C:1992:189.
 - Conclusions de l'avocat général G. TESAURO présentées le 28 novembre 1995 dans l'affaire *Royaume des Pays-Bas contre Conseil de l'Union*, affaire C-58/94, ECLI:EU:C:1995:409.
 - CJCE, arrêt du 11 novembre 1997 *Commission of the European Communities and French Republic v Ladbroke Racing Ltd.*, affaires jointes, C-359/95 P et C-379/95 P, ECLI:EU:C:1997:531.
 - Conclusions de P. LEGER du 11 mai 2000, *Ingmar*, affaire C-381/98, ECLI:EU:C:2000:230.
 - CJCE, arrêt du 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov et al. v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, affaires jointes C-180/98 et C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428.
 - CJCE, arrêt du 5 octobre 2000, *République fédérale d'Allemagne contre Parlement et Conseil (Tobacco Advertising)*, affaire C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544.
 - CJCE, arrêt du 13 mars 2001, *PreussenElektra AG v Schlesweg AG*, affaire C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160.
 - Conclusions de l'avocat général P. LEGER présentées le 10 juillet 2001 dans l'affaire *Conseil de l'Union contre Heidi Hautala*, affaire C-353/99, ECLI:EU:C:2001:392.
 - CJCE, arrêt du 16 mai 2002, *Stardust Marine (France contre Commission)*, affaire C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294.
 - CJCE, arrêt 13 mai 2003, *Müller-Fauré et van Riet*, affaire C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270.
 - CJCE, arrêt du 25 septembre 2003, *Schlüsselverlag J. S. Moser et a. c. Commission*, affaire C-170/02 P, ECLI:EU:C:2003:501.
 - CJCE, arrêt du 15 février 2005, *Commission des communautés européennes contre Tetra Laval*, affaire C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87.
 - CJCE, arrêt du 8 février 2007, *Groupe Danone contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-3/06 P, ECLI:EU:C:2007:88.

- Conclusions de l’avocat général J. KOKOTT du 29 avril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd contre Commission européenne e.a.*, affaire C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229.
 - CJUE, arrêt du 8 juin 2010, *Vodafone*, affaire C-58/08, ECLI:EU:C:2010:321.
 - CJUE, arrêt du 14 octobre 2010 *Deutsche Telekom AG v European Commission*, affaire C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603.
 - Conclusions de l’avocat général J. KOKOTT du 26 mai 2011, *Residex Capital IV CV contre Gemeente Rotterdam*, affaire C-275/10, ECLI:EU:C:2011:354.
 - CJUE, arrêt du 28 juin 2012, *Commission contre Éditions Odile Jacob*, affaire C-404/10, ECLI:EU:C:2012:393.
 - Conclusions de l’avocat général J. KOKOTT du 6 septembre 2012, *Frucona Košice a.s. contre Commission européenne*, affaire C-73/11 P, ECLI:EU:C:2012:535.
 - CJUE, arrêt du 8 mai 2013, *Eric Libert*, affaires jointes C-197/11 et C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288.
 - Conclusions de l’avocat général N. WAHL du 20 octobre 2016, *Intel contre Commission*, affaire C-413/14, ECLI:EU:C: 2016:788.
 - CJUE, Avis 2/15 du 16 mai 2017, ECLI:EU:C:2017:376.
 - CJUE, arrêt du 6 septembre 2017, *Intel contre Commission*, affaire C-413/14, ECLI:EU:C:2017:632.
 - CJUE, arrêt du 7 décembre 2017, *Austria Asphalt contre Bundeskartellamt*, affaire C-248/16, ECLI:EU:2017:643.
 - CJUE, arrêt du 16 janvier 2019, *Commission européenne contre United Parcel Service*, affaire C-265/17, ECLI:EU:C:2019:23.
 - CJUE, arrêt du 15 mai 2019, *Achema e.a.*, affaire C-706/17, ECLI:EU:C:2019:407.
 - Conclusions de l’avocat général J. KOKOTT du 29 juillet 2019, *Otis GmbH e.a contre Land Oberösterreich*, affaire C-435/18, ECLI:EU:C:2019:651.
 - CJUE, arrêt du 16 mars 2023, *Towercast contre Autorité de la concurrence*, affaire C-449/21, ECLI:EU:C:2023:207.
 - Conclusions de l’avocat général N. EMILIOU du 21 mars 2024, *Illumina, Inc. et Grail LLC contre Commission européenne*, affaires C-611/22 P et C-625/22 P, ECLI:EU:C:2024:264.
- Tribunal de l’Union européenne

- Trib. UE, arrêt du 5 avril 2006, *Deutsche Bahn contre Commission*, affaire T-351/02, ECLI:EU:T:2006:104.
- Trib. UE, arrêt du 25 mars 1999, *Gencor Ltd contre Commission des communautés européennes*, affaire T-102/96.
- Trib. UE, arrêt du 14 décembre 2005, *General Electric Company contre Commission*, affaire T-210/01, ECLI:T:2005:456.
- Trib. UE, arrêt du 4 juillet 2017 *Bouygues SA et Bouygues Télécom SA contre Commission des Communautés européennes*, affaire T-475/04, ECLI:EU:T:2007:196.
- Trib. UE, 13 juillet 2022, *Illumina, Inc. / Commission européenne*, affaire T-227/21, ECLI:EU:T:2022:447.
- Commission européenne (décisions)
 - Commission européenne, décision du 12 juillet 2000, *Mitsubishi Heavy Industries* (COMP/M.1634) OJ L4/31, 2001/16/CE.
 - Commission européenne, décision du 21 octobre 2002, *Deutsche Post/ DHL* (COMP/M.2908) JO C 25 du 1.2.2003, p. 3–3.
 - Commission européenne, décision du 30 avril 2003, *DaimlerChrysler/ Deutsche Telekom*, (COMP/M.2903), JO L 300 du 18.11.2003, p.62.
 - Commission européenne, décision du 5 mai 2008, *STX/ Aker Yards* (COMP/M4956) JO C 147 du 27.6.2009, p. 14–18.
 - Commission européenne, décision du 6 février 2019, *Alstom/Siemens*, affaire M.8677 (C(2019) 921 final), JO C 300 du 5.9.2019, p. 14–20.
- Autorités nationales de concurrence (décisions)
 - Bundeskartellamt, décision du 27 avril 2020, Affaire B4-115/19 – *CRRC v Vossloh*.
- **Autres (par ordre chronologique)**
 - Discours/ Déclarations
 - M. VESTAGER, Déclaration sur la proposition de la Commission d’adopter un nouveau règlement pour répondre aux distorsions causées par des subventions étrangères dans le marché intérieur, 05.2021.
 - Discours de M. VESTAGER du 18 avril 2024, Speech by EVP Margrethe Vestager at the Merger Regulation 20th Anniversary Conference, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_24_2141.

- V. DOMBROVSKIS, Déclaration au Comité ECON du Parlement européen sur la réaction de l'UE face à l'Inflation Réduction Act des États-Unis, Juillet 2023.
- Webinaires (par ordre chronologique)
 - Webinaire DG COMP, Let's Talk Competition | Episode 4 Foreign Subsidies Regulation, J. ESPINOZA, M. OLTHOFF, Y-E. BARA, E. DE SMIJTER, 10 octobre 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=ImqJXoQTDyo>
 - Webinaire Digital Markets Research Hub « *EU Foreign Subsidies Regulation & Antitrust* » E. DE SMIJTER (DG COMP), L. HORNKHOL, M. MARTYNISZYN, O. ANDRIYCHUK, 7 février 2024, https://www.youtube.com/watch?v=Ui7LZ_QMY8w
- Articles de presse (par ordre chronologique)
 - V. FOLKMAN, *The EU's magic number: 7 staff to screen for foreign subsidies*, POLITICOPRO, 17 octobre 2023, <https://pro.politico.eu/news/170196>.
 - V. FOLKMAN, *EU's foreign subsidies staffing ramps up to 40*, POLITICOPRO, mars 2024.

Table des matières.

SOMMAIRE.....	p.5.
INTRODUCTION.....	p.6.
PREMIÈRE PARTIE : Le règlement relatif aux subventions étrangères, un instrument empruntant au contrôle des concentrations en s'abstenant de le dupliquer.	p.13.
CHAPITRE 1 : La conception d'un instrument doté de l'ossature du règlement relatif aux concentrations et poursuivant une aspiration distincte.	p.14.
SECTION 1 : L'élaboration d'un instrument ingénieux se calquant stratégiquement sur le règlement n°139/2004.....	p.16.
PARAGRAPHE 1 : Une approche analytique des concentrations subventionnées prenant racine dans le règlement sur les concentrations.....	p.16.
A. La nécessaire intégration d'une approche économique, semblable à celle du contrôle des concentrations.....	p.17.
B. L'approche a-concurrentielle du droit des concentrations, une alternative au règlement relatif aux subventions étrangères ?	p.20.
PARAGRAPHE 2 : Un règlement faisant écho à la structure du règlement relatif aux concentrations.....	p.21.
A. La nécessaire symbiose des deux instruments à l'égard des concepts-clés.....	p.22.
B. Les emprunts procéduraux au contrôle des concentrations.....	p.24.
SECTION 2 : La singularité d'un outil novateur au service d'un dessein géopolitique.....	p.26.
PARAGRAPHE 1 : Une nécessaire divergence entre les deux règlements, tenant à leur essence.....	p.27.
A. La spécificité de l'analyse concurrentielle des acquisitions subventionnées.....	p.27.
B. L'absence de dimension politique dans le contrôle des concentrations.....	p.29.
PARAGRAPHE 2 : L'instrumentalisation du <i>level playing field</i> pour répondre aux défis géopolitiques d'une réalité dite multipolaire.....	p.31.
A. L'harmonisation des conditions de concurrence au sein de l'Union européenne.....	p.32.
B. L'avènement d'un protectionnisme européen dans un monde multipolaire.....	p.34.

CHAPITRE 2 : L'insertion de divergences techniques notables permettant de s'interroger sur l'articulation des deux règlements.	p.37.
SECTION 1 : Les quelques amphibologies du règlement n°139/2004, palliées par le règlement n°2022/2560.	p.38.
PARAGRAPHE 1 : L'adoption d'une base juridique plus cohérente pour contrôler l'effet des concentrations facilitées par les subventions étrangères.	p.38.
A. Un instrument s'inscrivant dans une combinaison de politiques européennes complémentaires.	p.39.
B. La politique de concurrence, une base légale ignorée.	p.41.
PARAGRAPHE 2 : L'adéquation du nouveau règlement pour lutter plus efficacement contre les <i>killers acquisitions</i>	p.42.
A. L'inadéquation de la réglementation sur les concentrations face aux acquisitions prédatrices.	p.43.
B. Les réponses pertinentes apportées par le règlement relatif aux subventions étrangères.	p.45.
SECTION 2 : La protection des entreprises, à la fois renforcée et assortie d'imprécisions supplémentaires.	p.48.
PARAGRAPHE 1 : Les garanties procédurales prévues par le règlement intensifiant les droits des entreprises réalisant des concentrations.	p.49.
A. La forte implication des entreprises au cours de la procédure.	p.50.
B. Vers une préservation accentuée des informations des entreprises.	p.52.
PARAGRAPHE 2 : L'attention supplémentaire apportée aux engagements, affaiblie par l'aspect abstrait de certaines dispositions.	p.53.
A. La diversité des engagements susceptibles d'être proposés, en rupture avec leur adaptabilité en matière de concentrations.	p.54.
B. Les désagréments procéduraux causés par le nouveau règlement à l'égard des engagements.	p.56.
SECONDE PARTIE : L'adjonction hasardeuse d'une strate supplémentaire au contrôle des concentrations...	p.58.
CHAPITRE 1 : La nébulosité de certaines notions engendrant des insécurités juridiques.	p.59.
SECTION 1 : Le dédoublement lexical/ conceptuel de la notion de subvention par le règlement 2022/2560 source de charges additionnelles pour les entreprises.	p.61.
PARAGRAPHE 1 : La distinction terminologique entre les notions de « <i>subvention</i> » et de « <i>contribution financière</i> ».	p.62.

A.	Un concept plus étroit que l'autre.....	p.63.
B.	Les spécificités en matière de <i>private equity</i>	p.63.
	PARAGRAPHE 2 : L'identification des contributions financières étrangères, un critère démesuré large et complexe à appréhender pour les entreprises.....	p.66.
A.	Une « <i>catch-all approach</i> » menaçant les opportunités de transactions et d'investissements.....	p.66.
B.	La visibilité limitée d'une partie sur les opérations de l'autre entreprise...	p.69.
	SECTION 2 : La complexité entachant la démonstration d'une distorsion dans le marché intérieur.....	p.70.
	PARAGRAPHE 1 : La caractérisation d'une distorsion induite par une subvention étrangère.....	p.71.
A.	Le choix d'une nomenclature relativement proche du droit des aides d'État.....	p.71.
B.	Les subventions presque incompatibles per se avec le marché intérieur...	p.72.
	PARAGRAPHE 2 : Une relativisation au regard des effets positifs de la distorsion.....	p.73.
A.	Le test de mise en balance de la concentration subventionnée par un pays tiers.....	p.74.
B.	L' « <i>efficiency analysis</i> » du contrôle des concentrations, un fil d'ariane pour le règlement subventions étrangères ?	p.75.
	CHAPITRE 2 : La mise en place d'une procédure additionnelle à l'origine de difficultés tangibles pour les autorités ainsi que pour les entreprises.	p.77.
	SECTION 1 : Les charges administratives et financières supplémentaires dans les opérations de concentrations subventionnées.	p.78.
	PARAGRAPHE 1 : La submersion prévisible de la Commission européenne.....	p.79.
A.	Entre un risque de surplus d'informations et dans certains cas, d'accès illusoire à celles-ci.....	p.79.
B.	Les ressources allouées en contraste avec l'ambition initialement annoncée.....	p.81.
	PARAGRAPHE 2 : Le désarroi des entreprises.....	p.82.
A.	Les projets de concentration face au « <i>monstre bureaucratique</i> »	p.83.
B.	Les risques additionnels en cas de plainte par des tiers intéressés.....	p.84.

SECTION 2 : Le risque de multiplication des enquêtes par les autorités de concurrence.....p.86.

PARAGRAPHE 1 : Un millefeuille procédural dénué de réelle coordination.....p.87.

- A. L'émergence d'une double procédure en cas de concentration sous les *seuils*.....p.87.
- B. Les aléas en cas de chevauchement avec une enquête nationale de filtrage d'investissement étranger.....p.89.

PARAGRAPHE 2 : L'impact de la délimitation des seuils sur la conduite des enquêtes.....p.91.

- A. L'élaboration de seuils à la fois cohérents et larges, sources d'un nombre élevé de concentrations notifiées.....p.92.
- B. Le seuil de minimis et les exceptions prévues pour réduire le nombre de notifications.....p.93.