



Mise en œuvre du règlement (UE) 2022/2560 du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur

Sommaire

| | |
|---|-----------|
| 1. Champ d'application du règlement | 2 |
| 2. Instrument d'examen d'office des contrats de la commande publique | 2 |
| a. Champ d'application du chapitre 2 du règlement | 2 |
| b. Procédure de l'examen d'office | 3 |
| c. Applicabilité du mécanisme | 4 |
| 3. Instrument de notification ou de déclaration préalable portant sur certains contrats de la commande publique..... | 4 |
| a. Champ d'application du chapitre 4 du règlement | 4 |
| b. Procédure de notification ou de déclaration : obligations de l'acheteur et de l'opérateur économique | 5 |
| c. Règles de procédures applicables à l'examen préliminaire et à l'enquête approfondie..... | 7 |
| d. Effets de la notification sur la procédure de passation | 8 |
| e. Amendes et astreintes applicables à l'opérateur économique dans le contexte de la notification des procédures de passation..... | 9 |
| f. Applicabilité de l'obligation de notification | 10 |
| 4. Instrument de notification complémentaire | 10 |

La présente fiche technique a pour objet de présenter les nouvelles obligations pour les acheteurs et les opérateurs économiques issues du règlement (UE) 2022/2560 du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur et plus particulièrement son chapitre relatif à la commande publique.

Ce règlement, qui est entré en vigueur le 12 janvier 2023 et dont l'applicabilité est différée¹, prévoit notamment deux outils de contrôle, par la Commission européenne, des contributions financières étrangères lors de procédures de passation de contrats de la commande publique.

Un règlement d'exécution détaillant les modalités des procédures mises en œuvre par la Commission en vertu du règlement 2022/2560 a été publié le 10 juillet 2023².

1. Champ d'application du règlement

Les **marchés publics**³ relevant des directives 2014/24/UE, 2014/25/UE et 2009/81/CE et les **contrats de concession** soumis à la directive 2014/23/UE entrent dans le champ d'application du règlement 2022/2560.

Ces contrats sont soumis à deux instruments de contrôle alternatifs et dont les modalités varient en fonction notamment de paramètres liés à leur montant :

- D'une part, le mécanisme de notification préalable, qui est renseignée par l'opérateur économique puis transmise à la Commission européenne par l'intermédiaire de l'acheteur.
- D'autre part, le mécanisme de la déclaration préalable, pour les opérateurs économiques ayant reçu des contributions financières inférieures au seuil de notification.

A la différence d'une notification, la simple déclaration préalable n'entraîne pas l'ouverture d'un examen préliminaire par la Commission.

2. Instrument d'examen d'office des contrats de la commande publique

a. Champ d'application du chapitre 2 du règlement

Le chapitre 2 du règlement dote la Commission d'un outil général d'enquête sur le marché. Cet instrument lui permet notamment de réaliser, de sa propre initiative, **le contrôle d'office de tous les contrats de la commande publique après leur attribution⁴, y compris ceux dont la valeur estimée est inférieure au seuil de notification du chapitre 4.**

Les marchés de défense et de sécurité relevant de la directive 2009/81/CE et les contrats attribués en urgence impérieuse relèvent exclusivement de la procédure d'examen d'office prévu au chapitre 2⁵.

¹ Voir sur ce point les développements aux 2), c) et 3) f) de la présente fiche.

² [Règlement d'exécution \(UE\) 2023/1441 de la Commission du 10 juillet 2023 relatif aux modalités détaillées des procédures mises en œuvre par la Commission en vertu du règlement \(UE\) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur.](#)

[La Direction générale du marché intérieur, de l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME de la Commission européenne doit prochainement publier sur son site internet une série de Questions/réponses dédiées à ce texte dans le contexte du module commande publique.](#)

³ Le règlement vise également les accords-cadres et les marchés conclus dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, au paragraphe 1 de son article 28, ainsi que l'hypothèse des marchés allotis ou des concessions alloties.

⁴ Art. 9 du règlement.

b. Procédure de l'examen d'office

La Commission peut contrôler dans le cadre d'un examen d'office des informations obtenues concernant le versement présumé de subventions étrangères faussant le marché intérieur⁶.

Elle initie dans un premier temps, un **examen préliminaire** lui permettant de demander des renseignements auprès notamment de l'opérateur économique concerné, d'autres entreprises ou des Etats membres et de mener des inspections⁷. Elle informe à cette occasion l'acheteur qui a lancé la procédure de passation.

Si la Commission dispose de suffisamment d'éléments indiquant le bénéfice d'une subvention étrangère faussant le marché intérieur, elle adopte une décision d'ouverture d'une **enquête approfondie**⁸. Elle doit ensuite s'efforcer d'adopter une décision définitive dans les dix-huit mois à compter de l'ouverture de l'enquête approfondie.

Lorsque cette enquête confirme l'existence d'une subvention étrangère distorsive de concurrence, la Commission peut imposer des mesures réparatrices à l'opérateur économique ou, si ce dernier propose des engagements qu'elle juge appropriés, adopter une décision rendant ces engagements contraignants⁹.

Ces mesures réparatrices ou engagements peuvent prendre des formes diverses telles que le remboursement de la subvention étrangère, une réduction des capacités ou de la présence de l'entreprise sur le marché, ou encore la cession de certains actifs¹⁰. Cela peut également s'accompagner, durant une période limitée, de l'obligation pour l'opérateur économique d'informer la Commission de sa participation à de futures procédures de passation de contrats de la commande publique¹¹.

En parallèle, les opérateurs économiques faisant l'objet d'un examen d'office peuvent faire l'objet d'amendes et d'astreintes en cas de manque de coopération¹². De plus, en cas de défaut de notification, de contournement ou de tentative de contournement de la notification identifiés au cours d'un examen d'office, la Commission peut leur infliger une amende jusqu'à 10% de leur chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent¹³.

En revanche, l'examen d'office ne peut avoir pour conséquence l'annulation d'une décision d'attribution d'un contrat ni sa résiliation¹⁴.

⁵ Art. 28, paragraphe 3 du règlement.

⁶ L'article 10, paragraphe 1, du règlement indique que de telles informations peuvent provenir de n'importe quelle source et notamment des Etats membres, personnes physiques ou morales. Cela inclut les associations, les acheteurs et les autres opérateurs économiques.

⁷ Art. 10 du règlement.

⁸ Art. 11 du règlement.

⁹ Ibid.

¹⁰ Art. 7 du règlement.

¹¹ Art. 8 du règlement.

¹² Art. 17 du règlement.

¹³ Art. 33, paragraphe 3 du règlement.

¹⁴ Art. 9, paragraphe 2 du règlement.

c. Applicabilité du mécanisme

Si l'entrée en vigueur du règlement est fixée au 12 janvier 2023, l'applicabilité du mécanisme d'examen d'office est fixée quant à elle au 12 juillet 2023¹⁵.

3. Instrument de notification ou de déclaration préalable portant sur certains contrats de la commande publique

a. Champ d'application du chapitre 4 du règlement

Le chapitre 4 du règlement relatif aux subventions étrangères prévoit un mécanisme de notification préalable à la Commission européenne, par l'intermédiaire des acheteurs, des informations que les entreprises sont tenues de leur transmettre lorsqu'elles soumissionnent à des contrats de la commande publique satisfaisant **deux conditions cumulatives** :

- La valeur estimée hors TVA du marché public (en cas d'accord-cadre, c'est le montant global de celui-ci qui est pris en compte ; en cas de système d'acquisition dynamique, c'est celui de chaque marché public qui est pris en compte) ou de la concession doit être égale ou supérieure à **250 millions d'euros** ;
- L'opérateur économique soumissionnaire, y compris ses filiales dépourvues d'autonomie commerciale, ses sociétés mères ou encore ses principaux sous-traitants ou fournisseurs participant à cette même procédure de passation, a bénéficié de contributions financières étrangères égales ou supérieures à **4 millions d'euros** par pays tiers au cours des trois années précédant la notification.

En cas d'allotissement, un lot doit également faire l'objet d'une notification lorsque les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- La valeur estimée hors TVA du marché public ou de la concession allotis est égale ou supérieure à 250 millions d'euros ;
- La valeur estimée du lot ou celle cumulée des lots pour lesquels un même soumissionnaire dépose une offre est égale ou supérieure à 125 millions d'euros ;
- L'opérateur économique soumissionnaire, y compris ses filiales dépourvues d'autonomie commerciale et ses sociétés mères, a bénéficié de contributions financières étrangères égales ou supérieures à 4 millions d'euros par pays tiers au cours des trois années précédant la notification.

Lorsque le marché ou les lots du marché dépassent les seuils de 250 millions ou de 125 millions d'euros mais que le montant des contributions financières étrangères est inférieur au seuil de 4 millions d'euros par pays tiers, les entreprises ne sont soumises qu'à une obligation simplifiée de déclaration.

L'obligation de transmission de ces informations vise également **les principaux fournisseurs et principaux sous-traitants** connus à la date de soumission de la notification ou de la déclaration complète ou de la notification ou déclaration actualisée complète ayant bénéficié de subventions étrangères. Pour qu'un fournisseur ou sous-traitant du soumissionnaire soit qualifié de principal, sa contribution doit porter sur un élément clé de l'exécution du contrat (ex : rail

¹⁵ Art. 54 du règlement.

dans un marché portant sur la construction d'une ligne ferroviaire ; batterie et système électrique d'un véhicule électrique) ou représenter une part supérieure à 20% de la valeur de l'offre soumise¹⁶.

Exemples :

Si, dans un marché ou un lot supérieur aux seuils susmentionnés :

- Une offre (soit directement le soumissionnaire, soit indirectement ses sous-traitants ou ses fournisseurs principaux) a bénéficié d'une contribution financière de 3 millions d'euros dans un Etat tiers et d'une autre contribution financière de 3 millions d'euros dans un autre Etat tiers, elle n'est soumise qu'à l'obligation de déclaration.
- Une offre (soit directement le soumissionnaire, soit indirectement ses sous-traitants ou ses fournisseurs principaux) a bénéficié de deux contributions financières de 3 millions d'euros chacune dans un Etat tiers, elle est soumise à l'obligation de notification.

Les acheteurs doivent par conséquent informer les opérateurs économiques, dans l'avis de marché ou de concession ou, en cas de procédure sans publication préalable, dans les documents de marché ou de concession, **qu'ils sont soumis à l'obligation de notification ou à celle de déclaration**, sur la base de la valeur estimée de leurs contrats¹⁷. L'absence d'information de l'acheteur n'empêche toutefois pas l'application du règlement aux opérateurs économiques.

Plusieurs catégories de marchés publics échappent cependant à l'obligation de notification prévue au chapitre 4 et relèvent donc exclusivement de l'examen d'office prévu au chapitre 2. Il s'agit tout d'abord, de l'ensemble des marchés de défense et de sécurité relevant de la directive 2009/81/CE, et de l'ensemble des marchés publics attribués par l'intermédiaire d'une procédure négociée sans publicité préalable en raison d'une urgence impérieuse (Art. L. 2122-1 du code de la commande publique).¹⁸

De la même façon, lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier¹⁹, ce dernier n'est pas soumis à une obligation de notification à la Commission, y compris s'il a bénéficié de contributions financières étrangères égales ou supérieures à 4 millions d'euros. Dans une telle hypothèse, l'opérateur économique doit néanmoins informer la Commission de toutes les contributions financières étrangères reçues²⁰.

b. Procédure de notification ou de déclaration : obligations de l'acheteur et de l'opérateur économique

Lors des procédures de passation entrant dans le champ d'application du chapitre 4 du règlement (seuil de 250 millions d'euros et seuil lot de 125 millions d'euros), plusieurs étapes caractérisent la procédure de notification ou de déclaration de contributions financières étrangères²¹. La notification ou déclaration nécessite en effet la **participation active de l'opérateur économique et de l'acheteur**.

¹⁶ Art. 29, paragraphe 5 du règlement.

¹⁷ Art. 28, paragraphe 6.

¹⁸ Art. 32, paragraphe 2, point c) de la directive 2014/24/UE et art. 50, point d) de la directive 2014/25/UE

¹⁹ Conformément à l'article 31, paragraphe 4, de la directive 2014/23/UE, à l'article 32, paragraphe 2, point b), de la directive 2014/24/UE et à l'article 50, point c), de la directive 2014/25/UE. Voir en ce sens l'article R. 2122-3 du code de la commande publique.

²⁰ Art. 28, paragraphe 5 du règlement.

²¹ Art. 29 du règlement.

- **Obligation de notification de l'opérateur économique** : lorsque l'opérateur économique ou le groupement d'opérateurs économiques a obtenu, au cours des trois dernières années, des contributions financières étrangères égales ou supérieures à 4 millions d'euros par pays tiers²², celui-ci doit notifier à l'acheteur toutes les contributions financières étrangères reçues²³. Cette notification entraîne nécessairement l'ouverture d'un examen préalable et, le cas échéant, d'une enquête approfondie par la Commission.
- **Obligation de déclaration de l'opérateur économique** : si le seuil de notification de 4 millions d'euros n'est pas atteint, l'opérateur économique ou le groupement d'opérateurs économiques devra uniquement transmettre à l'acheteur une simple déclaration énumérant²⁴, le cas échéant, l'ensemble des contributions financières obtenues au cours des trois dernières années, y compris celles qui sont inférieures au seuil de *minimis* de 200 000 euros. Une déclaration n'entraîne pas l'ouverture d'un examen préliminaire par la Commission.

Transmission par l'acheteur de la notification ou de la déclaration à la Commission européenne.

Elle doit être renseignée dans le cadre des formulaires figurant à l'annexe 2 du règlement d'exécution (UE) 2023/1441 du 10 juillet 2023.

En premier lieu, la notification ou la déclaration doit, dans le cadre d'une procédure ouverte, être transmise par l'opérateur économique à l'acheteur lors du dépôt de son offre.

A l'occasion des procédures de passation en plusieurs étapes (dialogue compétitif, partenariat d'innovation, procédure restreinte, procédure concurrentielle avec négociation, procédure négociée sans publication²⁵), la notification ou la déclaration est soumise deux fois : lors de la demande de participation initiale puis lors du dépôt de l'offre ou de l'offre finale.

En second lieu, **l'acheteur doit transmettre sans délai la notification ou la déclaration à la Commission européenne²⁶**.

Si cette dernière constate que la **notification est incomplète**, elle en informe l'acheteur et l'opérateur économique concerné afin de compléter le contenu de sa notification sous dix jours ouvrables. Si à l'issue de ce délai la notification demeure incomplète, la Commission adopte une décision déclarant l'offre irrégulière. L'acheteur devra dès lors adopter une décision de rejet de l'offre ou de la demande de participation.

En l'absence de notification ou de déclaration lors du dépôt d'une offre ou d'une demande de participation, l'acheteur doit demander à l'opérateur de présenter un tel document sous 10 jours ouvrables. Passé ce délai, l'offre ou la demande de participation de l'opérateur économique doit être déclarée irrégulière et doit être rejetée par l'acheteur. Ce dernier informe la Commission d'un tel rejet.

²² Art. 29, paragraphes 1 et 5.

²³ Le modèle de documents de notification annexés au règlement sera prochainement publié par la Commission européenne.

²⁴ Le modèle de cette déclaration sera publié prochainement par la Commission européenne.

²⁵ Cette liste est prévue à l'article. 2, paragraphe 6 du règlement.

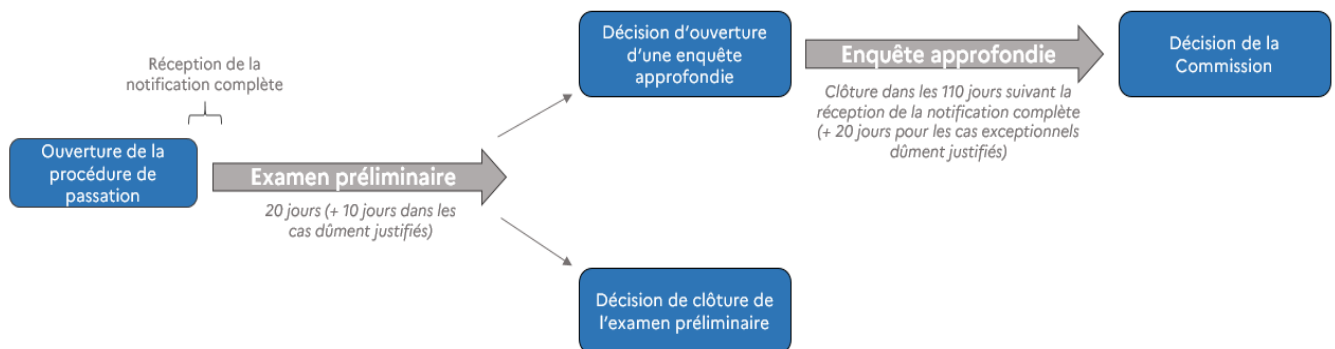
²⁶ Le règlement d'exécution incluant les modèles et les précisions sur le déroulement de la procédure sera publié au cours du deuxième trimestre 2023.

c. Règles de procédures applicables à l'examen préliminaire et à l'enquête approfondie

A l'occasion d'une notification de contributions financières étrangères, les étapes de contrôle successives du chapitre 2 prévoyant un examen préliminaire et une enquête approfondie s'appliquent. Le chapitre 4 prévoit toutefois des délais de procédures spécifiques²⁷.

i) Pour les procédures de passation en une seule étape (ex : appel d'offres ouvert) :

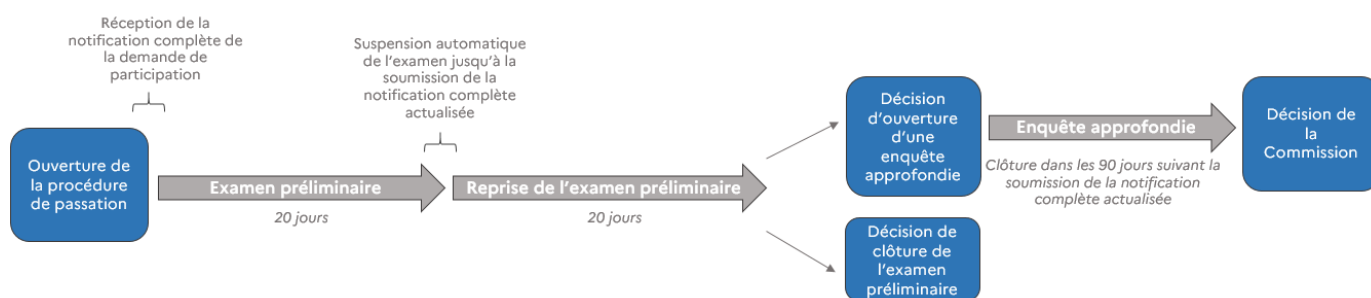
- **L'examen préliminaire** est réalisé dans les 20 jours ouvrables après réception de la notification complète. Cette durée peut être prolongée de 10 jours ouvrables par la Commission dans des cas dûment justifiés. A l'issue, la Commission peut décider d'ouvrir une enquête approfondie et informe, le cas échéant, l'opérateur économique et l'acheteur concernés.
- La Commission doit clore l'**enquête approfondie** au plus tard 110 jours ouvrables après réception de la notification complète. Ce délai peut être prolongé de 20 jours ouvrables, après consultation préalable de l'acheteur, dans des cas exceptionnels dûment justifiés tels que le défaut de coopération de l'opérateur économique.



ii) Pour les procédures de passation en plusieurs étapes (appel d'offres restreint, dialogue compétitif, partenariat d'innovation, procédure avec négociation, procédure négociée sans publication préalable) :

- La Commission procède, tout d'abord, à un **examen préliminaire** dans les 20 jours ouvrables à compter de la réception de la notification complète de la demande de participation puis suspend cet examen.
- L'examen préliminaire reprend à compter de la notification complète actualisée contenant l'offre ou l'offre finale et doit être réalisé dans un délai de 20 jours ouvrables.
- Si la Commission décide d'ouvrir une **enquête approfondie**, celle-ci doit faire l'objet d'une décision de clôture dans un délai de 90 jours à compter de la soumission de la notification complète actualisée.

²⁷ Article 30 du règlement.



iii) Décisions de la Commission

A l'issue d'un examen préliminaire, si la Commission ne dispose pas de suffisamment d'éléments lui permettant d'ouvrir une enquête approfondie, elle clôt l'examen préliminaire et informe l'opérateur économique et l'acheteur concernés²⁸.

Le cas échéant, à l'issue d'une enquête approfondie, la Commission peut adopter trois types de décisions²⁹ :

- Une décision de ne pas émettre d'objection si elle ne constate pas qu'un opérateur économique a bénéficié d'une subvention étrangère faussant le marché intérieur ou encore lorsque la distorsion observée est compensée par des effets positifs³⁰ ;
- Une décision relative aux engagements lorsqu'un opérateur économique a bénéficié de subventions étrangères faussant le marché intérieur et qu'il offre des engagements qui remédient totalement et de manière effective à la distorsion de concurrence³¹ ;
- Une décision interdisant l'attribution du marché ou de la concession lorsque l'opérateur économique n'offre pas d'engagements ou lorsque ces derniers ne sont appropriés pour remédier totalement et de manière effective à la distorsion. Dans cette hypothèse, l'acheteur est dans l'obligation de rejeter l'offre. Une telle décision peut également être prise en cas de défaut de coopération de l'opérateur économique³².

d. Effets de la notification sur la procédure de passation

En parallèle d'un examen préliminaire et d'une enquête approfondie réalisés dans le cadre d'une notification, l'acheteur peut poursuivre les différentes étapes de la procédure de passation à l'exception néanmoins de l'attribution du contrat à un opérateur économique ayant notifié une subvention étrangère³³. Dans cette hypothèse, l'acheteur doit attendre que la Commission rende une décision définitive. En l'absence de décision de la Commission dans les délais précités, l'acheteur peut attribuer le contrat à tout opérateur économique, y compris à ceux ayant notifié une subvention.

²⁸ Art. 10 du règlement.

²⁹ Art. 31 du règlement.

³⁰ La mise en balance est prévue à l'article 6 du règlement.

³¹ La liste non exhaustive des engagements est prévue à l'article 7 du règlement.

³² Art. 16 du règlement.

³³ Art. 32 du règlement.

De la même façon, lorsqu'un acheteur constate que l'offre économiquement la plus avantageuse a été soumise par un opérateur économique qui a présenté une simple déclaration et que la Commission n'a pas ouvert d'examen portant sur des soupçons de subvention étrangères, l'acheteur peut attribuer le contrat à cet opérateur.

Par ailleurs, si la Commission adopte une décision interdisant l'attribution d'un marché alors que l'offre de cet opérateur économique a été jugée économiquement la plus avantageuse par l'acheteur, ce dernier peut attribuer le marché à l'opérateur économique qui a présenté l'offre classée en deuxième position dès lors qu'il ne fait pas lui-même l'objet d'une telle décision.

A l'inverse, lorsque la Commission adopte une décision relative aux engagements ou une décision de ne pas émettre d'objection à l'encontre d'un opérateur économique ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur peut lui attribuer le contrat.

En parallèle, le règlement impose aux acheteurs d'informer sans délai la Commission de l'éventuelle annulation de la procédure de passation ou encore du rejet de l'offre ou de la demande de participation de l'opérateur économique concerné, de la soumission d'une nouvelle offre de ce dernier ou enfin de l'attribution du marché ou de la concession.

e. Amendes et astreintes applicables à l'opérateur économique dans le contexte de la notification des procédures de passation

Le règlement prévoit plusieurs types de sanctions à l'encontre des opérateurs économiques soumis à l'obligation de notification³⁴.

La Commission peut ainsi infliger des amendes aux opérateurs économiques qui n'ont pas notifié les contributions financières étrangères conformément aux obligations du règlement ou qui ont contourné ou tenté de contourner ces obligations, dans la limite de 10% du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent.

Une amende n'excédant pas 1% de leur chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent peut en outre être infligée aux opérateurs économiques qui, volontairement ou par négligence, fournissent des renseignements inexacts ou dénaturés lors d'une notification ou d'une déclaration.

De la même façon, **la Commission peut également infliger des amendes ou des astreintes prévues à l'article 17 lorsqu'un opérateur économique volontairement ou par négligence³⁵ :**

- 1) Fournit des renseignements incomplets, inexacts ou dénaturés en réponse à une demande de renseignements ou ne communique pas ces renseignements dans le délai fixé ;
- 2) Présente de façon incomplète les livres ou les documents professionnels requis lors d'une inspection dans l'Union européenne ;
- 3) Fournit une réponse inexacte ou dénaturée ; omet de rectifier une telle réponse ou refuse de fournir une réponse complète sur des faits en rapport avec l'objet et le but d'une inspection réalisée dans l'Union ;
- 4) Refuse de se soumettre à une inspection dans l'Union ordonnées par la Commission ou brise des scellés apposés lors de celle-ci ;

³⁴ Art. 33 du règlement.

³⁵ Art. 17 du règlement.

- 5) Ne respecte pas les conditions d'accès au dossier ou les conditions de divulgation imposées par la Commission.

Le règlement précise toutefois que :

- Les amendes sont plafonnées à 1% du chiffre d'affaires total réalisé par l'opérateur économique concerné au cours de l'exercice précédent ;
- Les astreintes ne peuvent excéder 5 % du chiffre d'affaires total journalier de l'opérateur économique concerné au cours de l'exercice précédent, par jour ouvrable de retard.

f. Applicabilité de l'obligation de notification

Le règlement prévoit une applicabilité différée de l'obligation de notification et de déclaration prévue au chapitre 4. Celle-ci est fixée au 12 octobre 2023.

4. Instrument de notification complémentaire

La Commission européenne dispose en outre **d'un second mécanisme d'examen préalable** lui permettant d'exiger la notification des subventions étrangères **pour les procédures de passation de contrats de la commande publique dont la valeur est inférieure au seuil de 250 millions d'euros**. Ce mécanisme s'applique uniquement lorsque la Commission soupçonne un opérateur économique d'avoir bénéficié de subventions étrangères au cours des trois années précédant la soumission de l'offre ou de la demande de participation³⁶. Le règlement indique cependant que la Commission doit utiliser cet instrument en « *tenant compte de la proximité avec la date d'attribution du marché ou de la concession* »³⁷ afin de ne pas affecter excessivement le bon fonctionnement des services. A défaut, la Commission devra privilégier un examen d'office et attendre l'attribution du contrat.

L'applicabilité de ce mécanisme est également fixée au 12 octobre 2023.

³⁶ Article 29, paragraphe 8 du règlement.

³⁷ Considérant 40 du règlement