



China Institute

Economics - Politics - International Relations

*En association avec le cabinet d'avocats Dechert LLP*

# Droit de la concurrence et action publique en Chine : une introduction

**Jingzhou Tao** (jingzhou.tao@dechert.com)

**Gregory Louvel** (gregory.louvel@dechert.com)

**Charles de Dreuzy** (charles.dedreuzy@dechert.com)

Le China Institute est un groupe de réflexion français qui se consacre aux questions de civilisation, d'économie, de politique intérieure et de relations internationales liées à la Chine. Son fonctionnement est fondé sur les valeurs d'indépendance, d'équilibre, d'audace et de diversité.

L'objectif du China Institute est de proposer des analyses pertinentes et originales aux décideurs et citoyens et d'être une force de proposition dans l'espace public intellectuel et politique. Le China Institute a également pour ambition de favoriser et renforcer le dialogue entre la Chine et le reste du monde, en particulier la France.

Présidé par Éric Anziani, le China Institute est une association loi 1901, indépendante, non gouvernementale et à but non-lucratif.

Les travaux du China Institute sont disponibles en téléchargement libre à l'adresse suivante :

[www.china-institute.org](http://www.china-institute.org)

Le présent article a été réalisé en collaboration avec le cabinet d'avocats Dechert LLP.

*Le China Institute veille à la validité, à la pertinence et à la qualité de ses publications, mais les opinions et jugements qui y sont exprimés appartiennent exclusivement à leurs auteurs. Leur responsabilité ne saurait être imputée ni à l'Institut, ni, a fortiori, à sa direction.*

*Le présent document relève de la propriété intellectuelle de son ou ses auteur(s). Toute représentation ou reproduction totale ou partielle et toute modification totale ou partielle sans le consentement de son ou ses auteur(s) sont interdites. Les analyses et les courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information sont autorisées sous réserve de mentionner le nom de l'auteur ou des auteurs et de la source.*

Grace à sa politique de réforme et d'ouverture initiée en 1979, le gouvernement chinois est parvenu à enclencher une logique vertueuse de rattrapage économique en République Populaire de Chine (RPC ou Chine) tout en conservant un contrôle strict sur des pans complets de l'industrie et en favorisant la constitution de géants nationaux qui rivalisent désormais avec les plus grandes entreprises occidentales. Le taux croissance spectaculaire (10,8 % par an en moyenne) que connaît la Chine depuis trente ans atteste du succès de cette politique.

Mais alors qu'aux États-Unis et dans l'Union européenne le débat politique se focalise autour des bienfaits attendus de la ré-industrialisation et de la nécessaire intervention de l'État pour y parvenir, la Chine semble, à l'inverse, souffrir aujourd'hui d'un excès d'action publique. Dans cette partie du monde, le débat se cristallise en effet autour de l'omniprésence de la main de l'État dans l'économie et sur la tendance de ce dernier à phagocyter toutes les ressources et forces vives du pays au détriment du secteur privé.

C'est dans ce contexte ambivalent, qui s'articule autour de la toute-puissance de l'action publique et des discussions sur les limites de cette dernière, que la loi anti-monopole chinoise (*Anti-Monopoly Law* ou AML) est entrée en vigueur le 1er août 2008. L'AML est venue apporter des outils juridiques aux tenants d'un plus grand libéralisme économique, en positionnant l'État chinois non plus seulement comme un acteur du monde économique mais également comme un arbitre. L'adoption de cette loi, après plus de treize années de vives discussions, a ainsi suscité d'importantes attentes. Accueillie avec prudence, son objectif avoué était de permettre à la Chine de rivaliser avec les standards en vigueur dans les pays occidentaux en matière de droit de la concurrence. Sur le papier, elle a permis l'instauration d'un contrôle des concentrations et a donné un cadre juridique cohérent à la sanction des abus de

position dominante, des situations de monopole, ainsi que, particularité chinoise, de certains abus de pouvoir administratifs.

Certains indices pouvaient toutefois laisser présager une instrumentalisation de ce texte par les pouvoirs publics : la promotion du « *développement sain d'une économie de marché socialiste* » figure ainsi parmi les cinq objectifs visés par la loi, au même titre que l'amélioration de l'efficacité économique ou que la protection des consommateurs (art. 1). Par ailleurs, la loi dispose que l'« *impact de la concentration des acteurs économiques sur le développement économique national* » constitue l'un des paramètres susceptibles d'être pris en compte lors de l'examen d'opérations de fusion et acquisition (art. 27) et institue un droit de regard supplémentaire lorsqu'une entité étrangère intervient dans une opération mettant en cause la « *sécurité nationale* » (art. 31).

Ces premières craintes se sont néanmoins rapidement estompées pour laisser place à des lignes de fracture plus profondes au sein de l'économie chinoise, à rebours des intuitions initiales des observateurs. La mise en place du droit de la concurrence a notamment révélé les importantes asymétries entre les entreprises publiques et privées ainsi que les difficultés des autorités à assimiler les nouvelles exigences de transparence réclamées par les agents économiques.

### ***L'ingérence de l'action publique dans le droit de la concurrence chinois, un problème en trompe l'œil révélant les incertitudes actuelles de l'action publique chinoise***

Si quatre années de mise en œuvre sont certainement insuffisantes pour tirer des conclusions définitives sur ce dispositif, compte tenu notamment des obstacles qui s'opposent encore à la lisibilité des décisions rendues (manque de fiabilité des données et statistiques, difficulté à analyser de manière synthétique des décisions dont la portée varie fortement selon l'industrie, la région ou les sociétés et personnalités concernées, opacité du nombre de décisions rendues par le ministère du commerce...), force est de

constater que la perplexité des partenaires économiques étrangers quant à l'application d'un dispositif largement laissée entre les mains de trois administrations<sup>1</sup> soumises au pouvoir central a depuis fait place à un certain confort face aux décisions rendues par les autorités chinoises de la concurrence.

De telles craintes étaient et demeurent largement infondées, car si le gouvernement dispose bien d'outils juridiques lui permettant de s'opposer à des opérations de concentration pour des motifs politiques, cette possibilité lui est notamment offerte par un arsenal réglementaire spécifique, encore renforcé récemment par l'entrée en vigueur le 5 mars 2011 de la circulaire sur l'examen de sécurité nationale<sup>2</sup>. Pékin a donc toujours été attentif à isoler son droit de la concurrence, encore embryonnaire, d'une réglementation plus polémique, de peur de nuire à la crédibilité de celui-ci.

Selon nous, les décisions prises par les autorités chinoises de la concurrence révèlent plutôt une série de lignes de fracture significatives qui parcourent actuellement l'économie chinoise.

### ***Asymétrie de traitement entre entreprises nationales et étrangères ou entre entreprises publiques et privées ?***

Le fait qu'une importante majorité des opérations soumises à ce jour à l'approbation de l'administration chinoise implique des opérateurs étrangers est

---

<sup>1</sup> Le ministère du commerce (MOFCOM) – en charge notamment du contrôle des concentrations, l'Administration de l'industrie et du commerce (SAIC) – responsable du contrôle des abus de position dominante – et la Commission d'Etat pour le développement et la réforme (NDRC) – en charge de la lutte contre les situations de monopole. Si les compétences du MOFCOM sont clairement définies, le périmètre exact des attributions des deux autres administrations semble, en revanche, moins établi ; cette situation engendre parfois en pratique des incertitudes et conflits de compétence.

<sup>2</sup> De la même manière que l'administration américaine, celle-ci dispose désormais d'un droit de regard renforcé sur tous les investissements étrangers réalisés dans des entreprises chinoises opérant dans un secteur lié à la sécurité nationale (défense nationale, sécurité, infrastructures clé, technologies stratégiques et produits agricoles et énergétiques vitaux) ; ces investissements sont soumis à l'examen préalable d'un comité interministériel.

généralement analysé comme un indicateur de l’immixtion du pouvoir chinois dans le droit de la concurrence<sup>3</sup>.

Cette asymétrie apparente dans le traitement réservé aux entreprises chinoises et aux entreprises étrangères s’avère en réalité largement biaisée par des facteurs pourtant sans lien avec l’action publique. Ainsi, si une très grande majorité des opérations passées en revue implique effectivement des entreprises non-chinoises, c’est notamment parce que la plupart des opérations importantes sont, à l’heure actuelle, encore réalisées avec l’appui d’un partenaire étranger, compte tenu de la puissance économique de ce type d’acteur et de l’intérêt grandissant des multinationales pour le marché chinois. Une asymétrie se crée donc mécaniquement, du seul fait de l’existence de seuils au-delà desquels les opérations sont soumises à une revue des autorités de la concurrence<sup>4</sup>, mais sans que l’intervention du pouvoir politique chinois ne puisse légitimement être mise en cause.

Ce déséquilibre s’explique plus fortement encore par la place prépondérante occupée par les entreprises publiques dans l’économie chinoise, qui, selon une analyse réalisée en octobre 2011 par la commission du Congrès américain en charge de l’examen des relations américano-chinoises (*U.S.-China Economic and Security Review Commission*) contrôlerait, au sens large, environ 50% de l’économie nationale (hors secteur agricole)<sup>5</sup>. Or, conformément à l’article 7 de la loi anti-monopole, les entreprises publiques bénéficient d’un régime spécifique et ne sont donc soumises que partiellement aux dispositions de l’AML (compte tenu des conflits d’intérêts existants, on conçoit d’ailleurs difficilement comment il pourrait en être autrement). L’asymétrie apparente entre entreprises nationales et étrangères, souvent analysée comme un symptôme des ingérences politiques dans la politique de concurrence, dissimule en

---

<sup>3</sup> Sur la base des données publiques disponibles, à la date du 15 décembre 2011, le MOFCOM avait procédé à la revue de 382 opérations (25 en 2008, 80 en 2009, 117 en 2010 et 160 en 2011), dont 10 avaient fait l’objet d’une approbation conditionnelle et une d’un rejet (Coca-Cola / Huiyuan - mars 2009).

<sup>4</sup> Doivent faire l’objet d’une notification les opérations dépassant l’un des seuils suivants : réalisation, au cours du dernier exercice clos, (i) d’un chiffre d’affaires mondial des entités concernées d’au moins 10 milliards de RMB (environ 1,25 milliard d’euros) et d’un chiffre d’affaires en RPC (République populaire de Chine) d’au moins 400 millions de RMB (environ 50,19 millions d’euros) pour au moins deux des entités concernées, ou (ii) d’un chiffre d’affaires en RPC d’au moins 2 milliards de RMB (environ 250,96 millions d’euros) et de 400 millions de RMB (environ 50,19 millions d’euros) pour au moins deux des entités concernées.

<sup>5</sup> Source : rapport en date du 26 octobre 2011 établi par la U.S.-China Economic and Security Review Commission (*“An analysis of State-owned Enterprises and State Capitalism in China”*), sur la base des données du National Bureau of Statistics of China.

réalité l'important déséquilibre qui prévaut en Chine entre entreprises publiques et privées.

### *Le difficile apprentissage de la transparence*

Les craintes suscitées par l'application de l'AML auprès des investisseurs étrangers ont été alimentées par des décisions parfois jugées inéquitables vis-à-vis des opérateurs étrangers et qui peuvent raisonnablement éveiller des soupçons d'ingérence publique dans l'application du droit de la concurrence. Deux de ces décisions sont particulièrement représentatives :

- De nombreux débats avaient ainsi suivi la publication de la décision du 18 novembre 2008 du MOFCOM de n'approuver que sous condition le projet d'acquisition d'Anheuser-Busch par InBev NV/SA. Il est vrai que les conditions définies par le MOFCOM s'avéraient particulièrement strictes et interdisaient en particulier à Anheuser-Busch et à InBev de renforcer leurs participations respectives dans le capital des brasseries chinoises Tsingtao Brewery et Zhujiang Beer ou d'acquérir une quelconque participation dans le capital de deux autres brasseries chinoises visées dans la décision. Le MOFCOM s'octroyait ainsi un droit de regard important sur les stratégies futures de la nouvelle entité alors que l'opération avait été analysée par de nombreux observateurs comme n'ayant pas en soi de conséquences anticoncurrentielles, compte tenu des parts de marché respectives des sociétés concernées ;
- Le MOFCOM avait ensuite de nouveau suscité de vifs débats en s'opposant, par une décision emblématique datée du 18 mars 2009, au projet d'acquisition par l'américain The Coca-Cola Company d'un producteur chinois de jus de fruit (et détenteur de l'une des marques chinoises les plus populaires), la société

Huiyuan Juice Groupe Limited. Il convient de reconnaître en l'espèce que les motivations réelles de cette première décision de rejet, adoptée sur la base de données et informations collectées par l'administration au cours d'investigations approfondies, mais dont l'exactitude et la pertinence étaient en pratique difficiles à attester, semblaient alors incertaines, au vu de l'importance des enjeux économiques, politiques et symboliques.

Les controverses que peuvent susciter l'étude de ces décisions individuelles doivent cependant être tempérées. En effet, illustrant un proverbe traditionnel chinois qui recommande de « *tâter les pierres pour traverser la rivière* », l'action des autorités chinoises de la concurrence a été conduite avec prudence et pragmatisme, avant que de subtils ajustements ne lui soient ensuite apportés. Ainsi, si les motivations de certaines décisions ont incontestablement pu paraître insuffisantes, il serait pour autant injustifié de remettre en cause la légitimité de l'ensemble du dispositif mis en place par la Chine sur la base de ces seules observations.

Ces premières décisions démontrent avant tout la manière dont le droit de la concurrence a contraint l'administration chinoise à se soumettre à des principes de transparence et de pédagogie, ce dont elle a encore peu l'habitude. Initialement soupçonné d'être le cheval de Troie du gouvernement au sein de l'économie, le dispositif façonne finalement une mécanique dont le contrôle échappe dans une large mesure au pouvoir politique.

Les dynamiques en cours dans l'application du droit de la concurrence permettent en outre de mieux percevoir la demande croissante de transparence qui perce aujourd'hui au sein de l'économie chinoise. Dans cette perspective, les décisions rendues à l'encontre de certains opérateurs étrangers peuvent très bien s'analyser comme des points d'étape sur la route d'une plus grande transparence dans le processus décisionnel public en Chine. En suivant cette logique, force est de constater que le texte de la décision InBev NV/SA, qui est la première décision du MOFCOM ayant fait l'objet d'une publication, fait apparaître un argumentaire fourni, démontrant les efforts importants réalisés par les autorités de la concurrence. De la même manière, suite aux nombreuses demandes d'éclaircissement suscitées par la décision The Coca-

Cola Co. / Huiyuan Juice, rendue sur la base de motivations insuffisamment claires, le MOFCOM a pris le soin de fournir davantage de détails sur les éléments et le raisonnement ayant motivés sa décision.

Plus généralement, l'observation de l'ensemble des décisions rendues par le MOFCOM devrait aujourd'hui être un élément de satisfaction. En dépit des obstacles rencontrés, les autorités de la concurrence s'attachent en effet à afficher leur volonté de transparence et de rigueur ; de l'avis de la plupart des observateurs, leurs décisions sont effectivement généralement établies sur la base d'un travail d'analyse et d'enquête sérieux et sont appuyées sur des raisonnements et fondements juridiques rigoureux.

De surcroît, cette volonté de transparence a récemment été encore affirmée par l'administration chinoise : soucieuses de ne pas être accusées, officiellement à tort, de fausser le jeu de la concurrence et d'être à la solde d'un nationalisme économique, les autorités de la concurrence ont expressément demandé aux observateurs de prendre acte de la neutralité de l'action publique en la matière. Interrogé ouvertement à ce sujet lors de la conférence annuelle du MOFCOM du 27 décembre 2011, le directeur général du bureau anti-monopole a tenu à déclarer que l'ensemble des opérateurs étaient traités de manière équivalente en tous points, sans considération de nationalité, rejetant les accusations de discrimination vis-à-vis des entreprises étrangères portées à l'encontre du MOFCOM.

Une nouvelle étape cruciale a été franchie le 8 mai 2012 avec l'adoption, par la Cour suprême chinoise, de principes d'interprétation relatifs aux contentieux civils relevant d'une violation de la loi anti-monopole (les « *Principes* »)<sup>6</sup>. Les Principes apportent des clarifications sur la conduite des contentieux relatifs à l'AML ; il devrait en résulter un plus grand nombre de sanctions à l'encontre de comportements anticoncurrentiels, qui restaient jusqu'à présent le plus souvent impunis, faute de directives claires à l'attention des tribunaux.

---

<sup>6</sup> *Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Application of Law in the Trial of Civil Dispute Cases Arising from Monopolistic Conduct*, 8 mai 2012

De façon plus spécifique, ces nouveaux éclaircissements devraient permettre un meilleur contrôle des comportements des opérateurs publics. Depuis le 1er juin 2012, date de leur entrée en vigueur, un opérateur public (« *public utility or any other business operator that has a dominant position pursuant to law* ») voit en effet peser sur lui une présomption simple de position dominante, présomption qui doit néanmoins être confirmée par un tribunal en fonction des conditions du marché et qui ne présage pas automatiquement d'un abus de position dominante. Il reviendra dès lors à cet opérateur d'apporter les éléments de preuve propres à renverser cette présomption, ce qui, en pratique, pourra favoriser la mise en cause des comportements anticoncurrentiels.

Gageons donc que cette avancée jurisprudentielle permettra de renforcer la transparence au sein de l'économie chinoise. C'est donc bien le droit de la concurrence qui semble aujourd'hui le mieux en mesure de faire évoluer l'action publique chinoise en matière économique.

### ***D'importants défis n'en restent pas moins à relever...***

Deux autres lignes de fractures pèsent fortement sur l'équilibre actuel du droit de la concurrence chinois et devront, à l'avenir, faire l'objet d'une attention particulière.

Le premier défi concerne l'émergence d'un système judiciaire indépendant et qualifié dans lequel le système actuel trouvera un relai légitimant son action. Au-delà des critiques récurrentes que soulève l'opacité du système judiciaire chinois et l'absence de sécurité juridique qui en résulte, il est aujourd'hui incontestable que ce dernier ne dispose pas encore de toutes les compétences et structures nécessaires au traitement des problématiques les plus techniques susceptibles de surgir à l'occasion d'opérations complexes de concentration. Cette carence s'avère fortement préjudiciable à la crédibilité du dispositif en vigueur, qui reste à ce jour démesurément soumis à l'arbitraire de l'administration et aux incertitudes qui peuvent découler des conflits de compétence entre administrations, les magistrats ne disposant pas encore

des compétences nécessaires pour procéder à la revue approfondie des décisions rendues.

Le second défi concerne le champ d'application même du droit de la concurrence chinois. Du fait de certains seuils légaux définis par simple référence au chiffre d'affaires mondial des opérateurs concernés<sup>7</sup>, sans considération des marchés sur lesquels ces acteurs opèrent, les principales opérations de concentration mondiales sont désormais placées de facto dans le champ de l'AML et sont ainsi susceptibles d'être revues par les autorités de la concurrence.

La nécessité de soumettre également certaines opérations de taille inférieure à la notification des autorités est en revanche plus incertaine. Conformément à l'article 2 de la loi, les dispositions de la loi anti-monopole doivent en effet également s'appliquer « *aux comportements monopolistiques conduits en dehors du territoire de la République populaire de Chine qui ont pour effet d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché domestique de la Chine* », cette disposition justifiant à elle seule toutes les attentions des observateurs étrangers, compte tenu de son impact potentiel sur l'ensemble des opérations à l'échelle internationale. A différentes reprises déjà, et encore très récemment lors de l'acquisition de Motorola Mobility par Google<sup>8</sup>, l'administration chinoise a eu l'occasion de se prononcer sur des opérations réalisées en dehors de son territoire mais qui auraient eu des effets sur son marché national.

La puissance réelle de cet instrument d'influence reste cependant à définir à la lumière de la portée que Pékin choisira de lui conférer. En tout état de cause, il semble inéluctable que la montée en puissance de la Chine sur la scène internationale s'accompagne par celle de son droit de la concurrence chinois.

---

<sup>7</sup> Voir ci-dessus la note de bas de page numéro 4.

<sup>8</sup> Par une décision du 19 mai 2012, le MOFCOM a autorisé l'acquisition de Motorola Mobility par Google pour un montant de 12,5 milliards de dollars. En soumettant cet accord au maintien de la gratuité du système d'exploitation Android de Google pendant une durée minimale de cinq ans, les autorités de la concurrence chinoises se sont distinguées des autorités américaines et européennes, qui avaient donné un accord inconditionnel. Cette décision vient confirmer le rôle crucial de la Chine dans les « méga » opérations de concentration de taille mondiale.

Au même titre qu'une grande partie des puissances occidentales, le pouvoir chinois s'interroge aujourd'hui sur la place et les modalités de son intervention dans l'économie. Les particularismes du système économique et politique en RPC nécessiteront cependant de porter une attention plus importante encore aux arbitrages de Pékin et aux nouveaux équilibres qui pourront en découler. Dans ce cadre, les caractéristiques propres du droit de la concurrence feront certainement de ce dernier un poste d'observation privilégié sur les évolutions de la Chine contemporaine.

L'exemple nous en a encore été donné récemment lors de l'annonce, le 12 mars dernier, du rapprochement entre les deux principaux acteurs chinois de la vidéo sur internet, via le rachat par Youku.com de son principal concurrent, Tudou Holdings. Cette déclaration a immédiatement suscité de nouvelles interrogations, car même si la situation de position dominante n'est pas évidente et si les résultats opérationnels de ces deux sociétés – toutes deux chinoises mais cotées aux États-Unis – sont encore peu importants et ne semblent pas a priori justifier une soumission au droit de la concurrence, car en dessous des seuils définis par l'AML, cette opération pourrait avoir des conséquences concurrentielles importantes sur le marché très stratégique de la vidéo en ligne. Compte tenu du caractère politiquement sensible de cette industrie, la décision de soumettre cette opération à l'approbation des autorités compétentes, ce qui pourrait potentiellement déboucher sur l'interdiction, pour la première fois, d'une opération entre entités chinoises, constituerait un nouvel épisode déterminant dans l'application du droit de la concurrence en Chine. Le cas échéant, il est probable que la Chine sera, une fois encore, l'objet de toutes les attentions.



| [contact@china-institute.org](mailto:contact@china-institute.org) |