

Non classifié

DAF/COMP/GF(2008)2/REV1



Organisation de Coopération et de Développement Economiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

03-Feb-2009

Français - Or. Anglais

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

DAF/COMP/GF(2008)2/REV1  
Non classifié

## **Forum mondial sur la concurrence**

### **ENJEUX ET DIFFICULTES DE LA TRANSITION POUR LE DROIT ET LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE EN CHINE**

**Note du Secrétariat**

**Session II**

*Cette note du Secrétariat est soumise POUR EXAMEN au titre de la session II du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 21 et 22 février 2008. La session II est ouverte uniquement aux représentants des pays ainsi qu'aux organisations internationales.*

Contact : Michael Wise, Administrateur principal  
[tél : 33 1 45 24 89 78; courriel : michael.wise@oecd.org].

**JT03259102**

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine  
Complete document available on OLIS in its original format

Français - Or. Anglais

## ENJEUX ET DIFFICULTÉS DE LA TRANSITION POUR LE DROIT ET LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE EN CHINE

### Encadré 1. Résumé

Les conditions favorables à une concurrence de marché vigoureuse en Chine ont été rétablies après l'arrêt de l'expérience de planification centralisée, qui a duré le temps d'une génération. Les réformes de transition ont débuté au cours des années 70, lorsque le pouvoir a admis et encouragé l'initiative sur les marchés locaux, donnant lieu à une concurrence dynamique entre les entreprises de bourgs et de villages et les régions. L'ouverture aux marchés extérieurs a ébranlé les monopoles. À mesure que la concurrence se mettait en place dans les années 90, l'attention des réformateurs s'est portée sur l'instauration des lois et institutions indispensables à une économie de marché organisée autour de l'entreprise à l'échelle nationale. Il s'agissait notamment de législations relatives à la concurrence déloyale, aux pratiques tarifaires abusives (notamment les ententes sur les prix, les prix d'éviction et la discrimination par les prix) et aux soumissions concertées. Les textes législatifs et réglementaires applicables aux fusions impliquant des investisseurs étrangers ont été mis en œuvre au moyen de trois dispositifs, qui représentent trois axes de la politique de la concurrence : corriger les abus et les pratiques déloyales ; contrôler les prix de monopole et vérifier les regroupements de sociétés.

La Chine a adopté, en août 2007, une loi générale sur la concurrence, après plus d'une décennie de débats, de consultations et d'échanges de vues intenses avec des experts du monde entier. La loi chinoise antimonopole est conforme aux pratiques internationales usuelles en matière d'accords restrictifs horizontaux et verticaux, d'abus de position dominante et de fusions. Un chapitre de cette loi est entièrement consacré à l'important problème des monopoles administratifs. À l'instar du droit de la concurrence de nombreux autres pays, la loi antimonopole vise plusieurs objectifs publics. De nombreux détails, tels que les seuils de déclaration des fusions, doivent encore être précisés dans des règlements et des lignes directrices mais aussi grâce aux enseignements qui seront tirés de l'application de la loi. Cette loi est entrée en vigueur en août 2008.

La Chine achève actuellement la restructuration de son industrie lourde, héritage de son passé d'économie planifiée. Aux difficultés de la transition vers une économie de marché succèdent les défis posés par le développement ainsi que les problèmes habituels associés à la réforme de la réglementation et à l'offre d'infrastructures et de services publics dans le cadre du marché. Du fait de la complexité des relations entre l'échelon national et l'échelon local de l'autorité administrative, il est cependant difficile de contenir l'ingérence de l'État, qui tente de protéger des intérêts particuliers en entravant la concurrence et en favorisant certains acteurs.

### 1. Fondements de la politique de la concurrence

1. La concurrence et les échanges commerciaux sont désormais des réalités bien établies de l'économie chinoise. Les structures de médiation institutionnelles mises en place pour régler les différends survenant sur le marché tout en protégeant les intérêts publics ont évolué à mesure que la Chine a rétabli, au fil de ces 30 dernières années, une économie fondée sur l'entreprise. Le nouveau régime chinois de la concurrence reprend nombre d'éléments usuels du droit et des institutions modernes de la concurrence, alors même que le caractère général des normes inscrites dans la législation de base et le dispositif institutionnel chargé de les mettre en œuvre sont caractéristiques du mode d'administration traditionnel du pays.

## 1.1 *Un peu d'histoire*

2. C'est une longue expérience des institutions de marché qui explique les résultats actuels de la Chine sur le front de la croissance. L'économie traditionnellement rurale de la Chine a favorisé la constitution d'un réseau très dense de marchés. Les procédures et contrats commerciaux formels, les grandes organisations et associations, les banques qui viraient des fonds dans tout le pays et les procédures juridiques ou coutumières de règlement des différends commerciaux faisaient partie des dispositifs très élaborés de cette économie traditionnelle. Il existait en outre des marchés concurrentiels pour les terres et le travail ainsi que pour la plupart des produits. La production traditionnelle était cependant morcelée et l'accumulation de capital inefficace. L'État intervenait parfois sur certains marchés pour empêcher l'exploitation de monopoles, tout en finançant ses propres activités grâce aux recettes qui en étaient tirées. Le développement industriel moderne a commencé au cours de la génération qui a suivi la chute de la dynastie Qing en 1911, se concentrant en grande partie dans le nord-est du pays et dans les zones des concessions portuaires où se concentrait le commerce extérieur. Malgré un ralentissement lors des troubles des années 30 et 40, la croissance économique s'est maintenue tout au long de la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle, en s'appuyant sur les réseaux et comportements commerciaux et entrepreneuriaux traditionnels.

3. Des traditions tout aussi anciennes ayant trait à la nature et au rôle de l'État permettent d'expliquer le tour pris par les réformes en Chine depuis les années 90. Depuis plus de 2000 ans, le mode d'administration de la Chine est celui d'un contrôle des politiques publiques par des experts exerçant depuis le centre de l'État unifié, animés par une théorie sociale privilégiant l'harmonie, et déléguant la mise en œuvre des mesures aux fonctionnaires locaux. Dans ce modèle d'organisation des pouvoirs publics et de la société, le contrôle repose au moins autant sur les notions de respect et de réciprocité que sur l'exercice de l'autorité et de la sanction. La négociation et les relations comptent plus que les attributions et la séparation des pouvoirs. On tend à préférer les arrangements au cas par cas à l'uniformité formelle. L'ajustement *ad hoc* caractérise aussi les relations mouvantes entre les autorités centrales et les dirigeants et pouvoirs publics locaux. Il semble moins important de définir des catégories juridiques et des limites juridictionnelles que d'indiquer l'orientation générale des politiques publiques et de faire preuve de souplesse lorsqu'il s'agit de les appliquer aux situations particulières.

4. Avant l'ère de la planification centralisée qui a débuté dans les années 50, la Chine était en passe de mettre sur pied une importante économie de marché moderne, toutefois toujours sous une influence substantielle de l'État. L'intervention des pouvoirs publics s'est renforcée durant la guerre civile, de sorte que l'État contrôlait déjà 90 % de la production de fer et d'acier et la majeure partie des banques, des transports et de la production d'énergie lorsque le Parti communiste est arrivé au pouvoir en 1949. Pour sa plus grande part, le personnel des organismes de planification déjà en place est resté en poste, continuant à travailler pour le régime communiste de planification centralisée.

5. Pendant 22 ans, l'économie a été contrôlée par un régime de planification centralisée. À compter de 1949, il a fallu sept ans pour que le système d'économie dirigée soit entièrement mis en place, atteignant son point culminant en 1956 avec la collectivisation des commerces en coopératives et la quasi-disparition de toute forme résiduelle de propriété privée. Durant cette période, les services, tels que le commerce de détail, se sont effondrés car la production de biens de consommation était découragée. La pénurie aura été le legs de cette planification, car le secteur agricole ne pouvait ou ne voulait produire suffisamment. Les besoins étaient de moins en moins couverts, en raison du sous-développement et de la dispersion des ressources consacrées à promouvoir l'industrie. La graine du changement a été plantée dans le secteur agricole avec un projet pilote de sous-traitance de la production à des particuliers, qui a été lancé dans la province de l'Anhui au début des années 60. En 1973, des mesures supplémentaires ont encore été prises pour retourner vers un régime de marché. En 1978, le Comité central a décidé de revenir pour de bon à une économie de marché. Les derniers vestiges de l'économie dirigée – imposition de prix artificiels,

affectations obligatoires de facteurs de production et des produits et financement de l'État sur les recettes des industries nationales – ont presque tous été mis à bas depuis 1979.

6. La réforme a débuté au sein de l'économie rurale, dans le secteur agricole, avec le retour à une organisation de marché traditionnelle reposant sur de petites entreprises familiales et villageoises. Ces réformes visaient à créer des marchés, à diversifier la propriété et à stimuler la concurrence. Les individus se sont vus donner plus de latitude pour saisir les opportunités économiques et se lancer dans une activité entrepreneuriale. Les contrats de production agricole étaient presque devenus la norme en 1983. Ces exploitations individuelles se sont avérées très productives, mettant fin à la pénurie de denrées alimentaires tout en nécessitant moins de main-d'œuvre que les fermes collectives. Ces premières réformes n'ont pas eu pour effet de supprimer les entités détenues par l'État ni d'éliminer les dysfonctionnements du marché, mais le relâchement des contrôles a permis une réallocation des ressources pour répondre aux nouvelles opportunités.

7. L'industrialisation rurale a été le ferment de la création d'une économie de marché. L'arrivée d'entreprises collectives de bourgs et de villages (EBV) a apporté la concurrence et les conditions marchandes qui ont contraint les entreprises dirigées par l'État à améliorer leur efficacité. Bien que régies par la propriété collective, ces entreprises ont vu le jour en dehors du plan, là où elles ont pu trouver des prix des facteurs qui reflétaient davantage l'allocation réelle, non subventionnée, du travail et du capital en Chine. Cependant, elles ont pu se partager des rentes monopolistiques sous les auspices de l'industrie d'État, inefficace et protectrice, mais aussi prendre pied sur des créneaux vacants et prometteurs, notamment dans le secteur des biens de consommation. Les institutions publiques locales ont encouragé ces entreprises locales grâce à une faible imposition et l'octroi de garanties financières et de crédits. Les formes d'organisation, comme l'ampleur que pouvait prendre la propriété privée, variaient d'une région à l'autre, de sorte que les expériences menées à cette échelle ont accompagné la croissance et ont eu une certaine valeur de démonstration pour les autres régions. Les régions et leurs entreprises se sont trouvées en concurrence, en proie à des contraintes budgétaires rigoureuses et donc tenues à l'efficacité. Les formes de propriété ont évolué avec la transformation des EBV en entreprises privées dans la seconde moitié des années 90, caractérisée par une contraction du crédit et une intensification de la concurrence. Les petites entreprises de ce secteur d'activité se sont souvent réunies en grappes d'entreprises, formant des structures de marché similaires à celles qui avaient longtemps caractérisé l'industrie chinoise.

8. Pendant la première phase de la réforme, de 1978 à 1996, plan et marché ont coexisté en tant que mécanismes de coordination. Il n'y a pas eu de « big bang » historiquement daté, mais une évolution institutionnelle. Figer le périmètre du plan a permis à l'économie de marché de croître en dehors de son cadre. Pour favoriser l'esprit d'entreprise, les injonctions du plan ont pris la forme de contrats de performance. Pour encourager la concurrence, l'entrée de nouvelles entreprises collectives ou d'autres entreprises détenues par l'État a été autorisée. Des prix flexibles, fondés sur le marché, ont été introduits à l'échelon de chaque secteur, alors même que le contrôle des prix à la consommation était progressivement supprimé. La rentabilité a été davantage stimulée par une réforme de la gestion des entreprises que par la privatisation en tant que telle. Dans un premier temps, les changements ont prioritairement ciblé les activités extérieures au cœur du plan, comme les exportations. La stabilité macroéconomique a été préservée au moyen des outils de planification restants, plutôt que par des instruments monétaires et budgétaires fondés sur le marché, alors même que l'épargne privée était encouragée pour soutenir l'investissement. La réduction du périmètre du monopole de l'État a favorisé l'arrivée de nouveaux concurrents qui, conjuguée à la détermination des prix par le marché, a accentué les pressions concurrentielles, qui ont elles-mêmes rogné les marges bénéficiaires élevées, obligeant les dirigeants des entreprises détenues par l'État à s'adapter aux besoins du marché.

9. La structure de planification ayant été largement dissoute, l'attention s'est reportée, au milieu des années 90, sur l'amélioration des règles et institutions favorisant l'économie de marché, se rapportant au

secteur bancaire, à la fiscalité, au gouvernement d'entreprise et aux échanges internationaux. Si, durant la première phase des réformes, la décentralisation avait permis de mener des expériences favorisant la constitution d'un marché, au cours de la seconde phase, le pouvoir central a dû faire preuve de plus d'autorité pour imposer une réglementation non discriminatoire en vue de faciliter la mise en place d'un marché plus important et plus libre, et de collecter des recettes fiscales pour remplacer celles que procuraient jusque là les entreprises détenues par l'État. Pour mieux responsabiliser l'administration publique, une loi relative aux différends administratifs a été adoptée en 1990. Une loi sur les sociétés a été adoptée en 1993, et une commission des valeurs mobilières mise en place en 1999. Les réformes du commerce extérieur ont culminé avec l'accession de la Chine à l'OMC en 2001. Le périmètre de la propriété étatique a régressé, de même que les bénéfices des entreprises détenues par l'État, dont le sauvetage et la réorganisation ont mobilisé l'attention des pouvoirs publics.

10. Avec la transition du plan au marché, les institutions ont évolué. Durant la première période de réforme, de 1993 à 1998, la Commission d'État pour la planification (CEP) a continué à appliquer le double système de prix, tandis que le ministère du Commerce extérieur et de la Coopération économique et la Commission d'État pour l'économie et le commerce (CEEC) ont été créés en vue de promouvoir les échanges internationaux et de mettre en place le socle institutionnel des marchés intérieurs. Au cours de cette période, le Bureau de l'administration pour l'industrie et le commerce a été créé afin de superviser la conduite des entreprises. Les organisations sectorielles de rang ministériel ont commencé à être transformées en associations professionnelles. Dans les cinq années suivantes, de 1998 à 2003, la CEP est devenue la Commission d'État pour la planification et le développement (CEPD), sa mission étant recentrée sur la définition de la politique macroéconomique et sur le développement à long terme aux dépens du contrôle des marchés et de l'investissement. Les attributions de la CEEC ont été élargies aux politiques industrielles et de développement à court terme. Le Bureau de rectification et de normalisation de l'ordre économique de marché a été, quant à lui, chargé de mettre en place un système de crédit, un dispositif de contrôle des industries alimentaire et pharmaceutique, des mesures de protection de la propriété intellectuelle, des règles en matière de fraude commerciale et de faire sauter les blocages régionaux entravant le commerce intérieur. Enfin, lors des cinq dernières années, de 2003 à 2007, la CEEC a été dissoute et ses responsabilités ont été réattribuées à d'autres instances, au nombre desquelles le ministère du Commerce, qui a succédé au ministère du Commerce extérieur et de la Coopération économique. La Commission d'État pour la planification et le développement (CEPD) est devenue la Commission nationale pour le développement et la réforme (CNDR), qui est désormais la principale instance de définition de la politique de développement économique et social.

11. La Commission de contrôle et d'administration des actifs de l'État (CCAEE) a été instituée en 2003. Elle détient et gère le portefeuille d'entreprises dans lesquelles le gouvernement national conserve une participation. De nombreuses entreprises détenues par l'État étant rattachées aux collectivités locales, certaines d'entre elles ont mis en place des versions locales de cette commission. La CCAEE ne détient des participations que dans un petit nombre d'entreprises, mais ces entreprises comptent parmi les plus importantes des secteurs du pétrole, de la métallurgie, de l'électricité, du matériel militaire et des télécommunications.

12. Une économie de marché opérationnelle s'était ainsi substituée à l'économie dirigée dès la moitié des années 90, voire auparavant. Au cours de cette décennie, des centaines de milliers d'entreprises se sont réorganisées en vertu de la nouvelle loi sur les sociétés, se transformant en sociétés à responsabilité limitée ou en sociétés par actions. La Chine s'est ouverte aux capitaux étrangers au début des années 90, reconnaissant l'apport technologique qu'ils pouvaient procurer – et invitant des technologies concurrentes plutôt que d'accorder des positions de monopole. En 2000, on dénombrait plus de 350 000 entreprises à participations étrangères, représentant un encours de plus de 350 milliards USD d'investissement direct étranger. L'afflux des investissements des entreprises multinationales dans les secteurs de moyenne et haute technologie a contribué à arrimer plus fermement la Chine aux réseaux de fabrication internationaux

de produits de haute technologie. L'accession à l'OMC a scellé et codifié les engagements pris en matière de protection des droits de propriété allant de pair avec ces transferts de technologie. Le contrôle des prix a été supprimé par étapes, en commençant par les produits manufacturés, les produits agricoles et la production hors plan. En 2002, plus de 90 % des ventes au détail s'effectuaient à des prix déterminés par le marché et le marché déterminait les prix pour plus de 90 % des achats de produits agricoles et près de 90 % des biens équipement.

13. L'ampleur de la concurrence au sein de l'économie intérieure chinoise est variable. Dans de nombreux secteurs, elle paraît vigoureuse, et selon certains indicateurs classiques, les marchés chinois de produits semblent raisonnablement concurrentiels. À l'échelon national, la concentration sectorielle paraît relativement faible et l'entrée de nouvelles entreprises a été importante. Pour autant, les indicateurs de concentration à l'échelon national peuvent être trompeurs. Les infrastructures de transport limitées, les protections locales et d'autres obstacles à l'intégration géographique permettent de permettre d'acquérir des positions de force sur les marchés dont les données sur la concentration à l'échelon national ne rendent pas compte.

14. Les politiques publiques en matière de concurrence sont également variées. Certaines collectivités régionales protègent les intérêts des entreprises locales tandis que certains ministères encouragent des entreprises championnes à l'échelon national. Les mesures anticoncurrentielles prises par les collectivités infranationales et par les entreprises qui leur sont rattachées pour empêcher la concurrence venue d'autres parties du pays et favoriser les fournisseurs ayant des liens avec leurs intérêts, ont posé des problèmes dès les premières phases de la transition. La complexité des structures administratives locales amplifie le problème, le rendant d'autant plus difficile à résoudre. À l'échelon infranational, il existe 23 provinces, cinq régions autonomes et quatre municipalités relevant directement de l'État central, plus les deux régions administratives spéciales de Hong Kong et Macao. Ces unités sont elles-mêmes subdivisées en trois échelons inférieurs. Certaines collectivités locales ont octroyé des avantages concurrentiels aux entreprises affiliées aux administrations et ministères locaux ou mis en place des entités conjuguant fonctions administratives et activités de marché. Elles se sont efforcées d'empêcher la concurrence en interdisant ou en décourageant l'entrée sur le marché local de produits « étrangers » – c'est-à-dire de produits venus d'autres parties de la Chine – ou en empêchant l'acheminement de produits locaux à l'extérieur. Les mesures qu'elles ont prises vont de l'application de frais discriminatoires à l'imposition d'amendes aux vendeurs contrevenants ou au refus de leur délivrer une licence d'exploitation, voire consistent parfois à mettre en place des points de contrôle pour traquer les infractions, et intercepter et confisquer les livraisons illicites. Certaines collectivités locales ont tenté de protéger les entreprises locales de leurs concurrents extérieurs au moyen de mécanismes leur imposant par exemple de cotiser à un « fonds d'ajustement brassicole » ou d'utiliser exclusivement des intrants fabriqués localement comme des engrais.

15. De leur côté, les ministères et administrations ont ordonné ou encouragé plusieurs formules de regroupement de petites entreprises locales pour les transformer en entités d'envergure nationale. Il s'agissait en général d'en renforcer l'efficacité et la compétitivité internationale. Le programme de travail de l'État pour 2006 préconisait d'encourager les combinaisons et rationalisations d'entreprises dans les secteurs souffrant de surcapacités. Au nombre des secteurs passant pour avoir particulièrement besoin d'être rationalisés, en raison de leur niveau technologique inférieur, de leurs surcapacités ou de leur mode de gestion obsolète figuraient notamment la sidérurgie, les cimenteries, la chimie, le charbon, l'électricité, les véhicules à moteur et le textile. Le Conseil des affaires d'État a appelé à la création de plusieurs grandes entreprises sidérurgiques durant le plan quinquennal en cours, d'une capacité de 30 millions de tonnes chacune, qui s'effectuerait en grande partie par voie de fusions et acquisitions aux conditions du marché. D'autres avis émis par le Conseil des affaires d'État sur la restructuration, formant le vœu de soutenir les entreprises qui réussissent et de fermer les autres, soulignent aussi l'importance donnée aux combinaisons d'entreprises s'appuyant sur les mécanismes de marché. Pour sa part, la Commission de

contrôle et d'administration des actifs de l'État (CCAAE) préconise le maintien de la propriété publique qu'elle juge approprié dans quatre secteurs : la sécurité nationale, les monopoles naturels, les « biens ou services publics importants » et les ressources naturelles ainsi que pour un petit nombre de grandes entreprises opérant dans quelques secteurs prioritaires. Cette position est en contradiction avec son objectif de renforcer la gouvernance pour maximiser la valeur des actifs. La Commission nationale pour le développement et la réforme (CNDR), quant à elle, soutient, à l'instar de la CCAAE, les entreprises nationales championnes et pilote l'ajustement structurel de secteurs d'activité essentiels comme l'automobile et la sidérurgie, via des politiques industrielles destinées à renforcer la compétitivité des entreprises dominantes détenues par l'État. La CNDR encourage ainsi la rationalisation du secteur cimentier, visant à ramener de plus de 5 000 à environ 3 500 le nombre des entreprises qui y exercent – dont 10 entreprises nationales championnes capables d'être concurrentielles à l'échelon international – et identifie 30 entreprises qui devront être soutenues par les collectivités locales. Les organismes régionaux encouragent en outre la concentration dans d'autres secteurs, comme la sidérurgie.

### **Encadré 2. Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation**

Outre la question générale de seuil, qui consiste à savoir si la politique de la réglementation est compatible avec les principes et les objectifs de la politique de la concurrence, on observe quatre modes particuliers d'interaction entre politique de la concurrence et problèmes de réglementation :

- La réglementation peut **être en contradiction** avec la politique de la concurrence. Les réglementations peuvent avoir encouragé, voire exigé, un comportement ou des conditions représentant dans d'autres circonstances une violation du droit de la concurrence. Par exemple, des règlements peuvent avoir autorisé la concertation des prix, avoir empêché la publicité ou d'autres vecteurs de concurrence, voire exigé une division territoriale du marché. Il peut également y avoir des lois qui interdisent les ventes à perte qui prétendent promouvoir la concurrence, mais qui sont souvent interprétées dans un sens anticoncurrentiel ou encore la très vaste catégorie de règlements qui restreignent plus que nécessaire la concurrence pour atteindre les objectifs de la réglementation. Lorsque l'on change ou supprime ces règlements, les entreprises touchées doivent modifier leurs habitudes et leurs anticipations.
- La réglementation peut **se substituer à** la politique de la concurrence. Surtout lorsqu'un monopole apparaît comme inévitable, la réglementation peut essayer de contrôler directement son pouvoir de marché, en fixant les prix et en contrôlant l'entrée et l'accès. L'évolution de la technologie et des autres structures peuvent conduire à revoir les prémices essentielles justifiant la réglementation, à savoir que la politique et les institutions de la concurrence ne sont pas adaptées pour empêcher un monopole et l'exercice d'un pouvoir de marché.
- La réglementation peut **reproduire** la politique de la concurrence. Les règlements et les organismes de réglementation peuvent s'efforcer d'empêcher la coordination ou les abus dans un secteur, tout comme le fait la politique de la concurrence. Par exemple, des règlements peuvent définir des critères de concurrence loyale ou bien des règles de passation de marché visant à assurer des soumissions concurrentes. Les différents organismes de réglementation peuvent cependant appliquer des critères différents, les changements dans les structures de réglementation montrant alors que des mesures en apparence similaires peuvent aboutir à des résultats différents dans la pratique.
- La réglementation peut **utiliser** les méthodes de la politique de la concurrence. Les instruments employés pour réaliser les objectifs de la réglementation peuvent aussi être conçus de façon à tirer parti des incitations du marché et de la dynamique concurrentielle. La coordination peut être nécessaire, pour assurer que ces instruments fonctionnent comme prévu compte tenu des exigences du droit de la concurrence.

## **1.2 L'évolution du droit de la concurrence**

16. Les *Dispositions provisoires pour la promotion et la protection de la concurrence dans l'économie socialiste*, connues plus succinctement sous le nom des *Dix articles sur la concurrence*,

promulguées en 1980, ont été la première réglementation chinoise sur la concurrence. À ce tout premier stade de la transition vers un retour à l'économie de marché, les *Dix articles* mettaient déjà expressément en évidence les principaux problèmes. Ils préconisaient la suppression des monopoles officiels et des privilèges exclusifs, excepté ceux autorisés par l'État. Ils appelaient les ministères de tutelle de l'industrie, du transport, des finances et du commerce à abroger les règlements entravant la concurrence et soulignaient qu'il importait de mettre fin aux blocus régionaux et aux divisions entre instances administratives, ordonnant qu'aucune région ou instance administrative ne puisse bloquer le marché ou empêcher la vente de produits de première nécessité en provenance d'autres régions ou relevant d'autres instances ; cela étant, ils confiaient aux régions et aux instances administratives elles-mêmes la mise en œuvre de ces principes. En 1984, une décision du Comité central du parti communiste et du Conseil des affaires d'État, consacrée aux problèmes des avantages concurrentiels déloyaux et de la corruption imputables aux agissements d'agents publics et à des opérations d'initiés, interdisait aux organes dirigeants du parti et de l'État « d'abuser de leur pouvoir pour se livrer à une activité commerciale, créer des entreprises, rechercher des avantages personnels ou porter atteinte aux intérêts du peuple en violation des règles du parti et de l'État ». Par la suite, la Commission d'État pour la restructuration économique et la Commission d'État pour la planification ont publié, en 1987 et 1989, des avis sur les risques pour la concurrence résultant des concentrations sectorielles, donnant pour instruction d'interdire la constitution de groupes d'entreprises en position de monopole, d'encourager la concurrence entre groupes d'entreprises d'un même secteur afin de promouvoir le progrès technologique et l'efficacité économique, et de veiller à ce que les fusions donnent lieu à des économies d'échelle sans être préjudiciables à la concurrence. Une autre circulaire visant à empêcher le blocus des marchés régionaux a été publiée en novembre 1990.

17. La législation officielle en matière de concurrence a commencé à s'ébaucher à la fin des années 80. En août 1987, le Conseil des affaires d'État a mis sur pied un groupe de rédaction d'un projet de loi antimonopole. Un projet de réglementation provisoire sur la lutte contre les monopoles et sur la concurrence déloyale est paru en 1988. En septembre 1993, le Comité permanent de la Huitième Assemblée populaire nationale a adopté la Loi sur la concurrence déloyale. Cela étant, la réglementation provisoire relative aux monopoles n'a pas été intégrée dans la loi à cette occasion. Les experts et les législateurs ont émis certains doutes sur le fait qu'une loi traitant de la monopolisation était nécessaire à ce stade du développement de la Chine, car les entreprises y étaient encore relativement petites, comparées aux économies d'échelle visées et aux grandes entreprises multinationales. De plus, les accords horizontaux passaient pour être plutôt rares en Chine, voire souhaitables pour obtenir des gains d'efficacité. Le débat s'est poursuivi, portant sur une loi plus générale sur la concurrence. En mai 1994, le gouvernement a formé un groupe de rédaction d'une loi antimonopole, qui était principalement composé de représentants de la Commission d'État pour l'économie et le commerce et de l'Administration d'État pour l'industrie et le commerce (AEIC). À cette occasion, ce groupe a consulté des experts chinois et des experts de différentes organisations internationales dont l'OCDE, ainsi que de plusieurs autorités nationales de la concurrence. Une loi antimonopole a été inscrite au programme législatif des sessions du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale en 1994, puis de nouveau en 1998, sans être jamais adoptée. Un projet de loi complet a été présenté en novembre 1999, comportant huit chapitres et cinquante-six articles et contenant la plupart des éléments de la loi sur la concurrence adoptée en 2007.

18. Durant toutes les années du débat relatif à l'adoption d'une loi générale sur la concurrence, d'autres textes législatifs et réglementaires traitant de problèmes de concurrence ont été promulgués. La loi sur les prix, entrée en vigueur en 1998, interdit les pratiques collusoires pour contrôler les prix du marché. Elle interdit également certaines pratiques abusives en matière de fixation des prix et prévoit un contrôle des prix de certains produits. La Loi sur les appels d'offres, promulguée en 1999, interdit les soumissions concertées et réprime plus lourdement ces pratiques que la LCD. Des dispositions provisoires apportant plus de précisions et d'indications sur les prix collusoires et les prix d'éviction ont été promulguées en 2003. Ces règlements, et certaines dispositions provisoires similaires relatives au contrôle des fusions et

acquisitions impliquant des investisseurs étrangers, ont été autant de textes précurseurs de la loi générale sur la concurrence.

19. En 2004, le Conseil des affaires d'État a inscrit le projet de loi sur la concurrence au calendrier législatif. Le projet a été débattu lors des sessions du Comité permanent de 2006 et 2007. Le débat a notamment porté sur le traitement des secteurs dominés par des entreprises détenues par l'État, comme la banque, l'assurance, l'énergie, les télécommunications, le tabac, le pétrole et le transport ferroviaire. Durant le dernier cycle d'examen de 2007, le projet a été révisé de façon à rééquilibrer les pouvoirs respectifs de l'autorité de la concurrence et des autorités sectorielles, à préciser que le critère de la part de marché pour présumer de l'existence d'une position dominante peut être réfuté, à alourdir les sanctions financières prévues en cas d'accords restrictifs et d'abus de position dominante et à donner à l'autorité de la concurrence un pouvoir de poursuite plus clair en cas d'abus anticoncurrentiels de prérogatives administratives. À la dernière minute, le Comité permanent a ajouté une disposition visant spécifiquement les associations professionnelles. Il a adopté la Loi antimonopole le 30 août 2007, à la quasi-unanimité (150 voix sur 153). Elle est entrée en vigueur en août 2008.

### **1.3 Objectifs des pouvoirs publics**

20. La Loi antimonopole vise quatre objectifs : « préserver une concurrence loyale sur le marché, améliorer l'efficacité économique, protéger les intérêts des consommateurs et l'intérêt général et promouvoir le développement harmonieux de l'économie socialiste de marché » (art. 1)<sup>1</sup>. Les règles de concurrence doivent être adaptées à l'économie socialiste de marché et l'État doit améliorer les mesures macroéconomiques pour soutenir un régime de marché unifié, ouvert, concurrentiel et ordonné (art. 4). Les grands objectifs des lois antérieures étaient similaires. La Loi sur les prix vise à renforcer le rôle des prix dans l'affectation des ressources, à stabiliser leur niveau, à protéger les intérêts des consommateurs et des entreprises et à promouvoir le développement harmonieux de l'économie socialiste de marché ; de plus, elle affirme que l'État encourage la concurrence loyale, ouverte et légitime (Loi sur les prix, art. 1, 4). La Loi sur la concurrence déloyale de 1993 entend, quant à elle, « préserver le développement harmonieux de l'économie socialiste de marché, à encourager et à protéger la concurrence loyale, à proscrire les actes de concurrence déloyale et à défendre les droits et intérêts légitimes des opérateurs et des consommateurs » (LCD, art. 1). Dans le dernier texte législatif adopté, l'objectif de développement harmonieux de l'économie socialiste de marché est cité en dernier et non plus en premier. Et pour la première fois, ce texte mentionne l'objectif d'amélioration de l'efficacité, ce qui donne à penser que sa mise en œuvre pourrait s'inspirer des conceptions économiques modernes de la politique de la concurrence. La loi chinoise intègre désormais tous les éléments du long débat qui a eu lieu sur la priorité devant être accordée aux objectifs officiels d'équité, d'efficacité, de protection des intérêts des consommateurs et de l'intérêt général et de développement et sur la cohérence de ces objectifs.

21. Lorsque la Chine s'est engagée sur la voie de l'économie socialiste de marché, les dirigeants du pays ont défini ce concept en des termes qui soulignaient l'importance de l'efficacité allocative et dynamique. Le chef du Parti communiste, Jiang Zemin, a exposé les principes qui doivent guider une économie socialiste de marché dans un discours qu'il a prononcé en octobre 1992 (Wang, 2006) :

Le but du régime d'économie socialiste de marché, que la Chine est sur le point de mettre en place est, sous le contrôle macroéconomique de l'État socialiste, de donner au marché la possibilité d'exercer pleinement son rôle d'allocation des ressources ; d'assurer que les activités économiques sont menées à bien conformément à la loi de la valeur et sont adaptées à l'évolution du rapport entre l'offre et la demande ; d'utiliser le levier du prix et le mécanisme de la concurrence pour affecter les ressources là

---

1. Sauf indication contraire, les références à la législation renvoient à la loi antimonopole, dans la traduction non officielle préparée par le Secrétariat de l'OCDE.

où elles peuvent produire les meilleurs résultats économiques ; de mettre en œuvre un dispositif de sélection de ce qui est supérieur et d'élimination de ce qui est inférieur de façon à exercer une pression sur les entreprises et à les dynamiser ; et de favoriser l'ajustement, en temps opportun, de la production et de la demande en mettant à profit la sensibilité du marché aux différents signaux économiques.

## 2. Les questions de fond : le contenu du droit de la concurrence

22. La nouvelle loi chinoise antimonopole est une véritable loi générale sur la concurrence. Elle rassemble et révisé les dispositions contenues dans plusieurs textes législatifs et réglementaires en vigueur, tout en introduisant de nouvelles dispositions, d'application générale, sur des questions importantes comme le contrôle des fusions. Les accords monopolistiques sont couverts au chapitre II (qui traite séparément les accords horizontaux et les accords verticaux), l'abus de position dominante au chapitre III, les fusions au chapitre IV, les monopoles administratifs au chapitre V, les pouvoirs et procédures d'enquête au chapitre VI et les sanctions et mesures correctrices au chapitre VII. D'autres textes législatifs et réglementaires traitent déjà plusieurs de ces questions et un grand nombre d'entre eux resteront à l'évidence en vigueur.

### Encadré 3. Le Manuel pour l'évaluation de la concurrence

Les lois générales sur la concurrence traitent traditionnellement les problèmes de puissance monopolistique dans trois cadres formels : les relations et accords entre entreprises par ailleurs indépendantes, les activités d'une seule entreprise, et les combinaisons structurelles d'entreprises indépendantes. La première catégorie, les **accords**, est souvent subdivisée en deux groupes à des fins analytiques : les accords « horizontaux » entre entreprises qui font les mêmes choses et les accords « verticaux » entre entreprises qui sont à des phases de production ou de distribution différentes. La seconde catégorie est désignée sous le terme « **monopolisation** » dans certaines lois et sous le terme « **abus de position dominante** » dans d'autres ; les systèmes juridiques qui utilisent des dénominations différentes ont adopté des approches quelque peu différentes du problème de la puissance économique exercée par une seule entreprise. La troisième catégorie, souvent désignée sous le terme « fusions » ou « concentrations », comprend généralement les autres types de combinaisons structurelles comme l'acquisition de participations ou d'actifs, les coentreprises, les participations croisées et les administrations alliées.

Les **accords** peuvent permettre à un groupe d'entreprises d'agir de concert pour acquérir certaines caractéristiques d'un monopole : capacité à relever les prix, à limiter la production et à empêcher l'entrée ou l'innovation. Les accords **horizontaux** les plus préjudiciables sont ceux qui empêchent la concurrence en termes de dynamique fondamentale de la concurrence, des prix et de la production sur le marché. La plupart des lois contemporaines sur la concurrence traitent avec beaucoup de sévérité les accords flagrants de fixation des prix, de limitation de la production, de soumissions concertées ou de partage du marché. Pour appliquer de tels accords, les concurrents s'entendent en outre parfois sur la stratégie à suivre pour barrer l'entrée à de nouveaux concurrents ou pour remettre au pas les entreprises dissidentes ; c'est pourquoi la loi a aussi pour objet de prévenir et sanctionner les boycotts. La coopération horizontale portant sur d'autres points, comme la normalisation des produits, la recherche et la qualité, peut également avoir sur la concurrence une incidence qui, selon l'état du marché, pourra être positive ou négative. La plupart des lois abordent donc ces autres types d'accord en fixant un large éventail de bénéfices et de préjudices possibles ou en prévoyant des dispositions plus détaillées afin de pouvoir identifier et exempter les comportements bénéfiques.

Les **accords verticaux** visent à contrôler certains aspects de la distribution. Les motifs d'inquiétude sont identiques -- ces accords risquant de provoquer une hausse de prix ou une diminution de la quantité (ou de la qualité) ou d'empêcher l'entrée et l'innovation. Les accords verticaux étant susceptibles d'exercer sur la concurrence des effets plus complexes que ceux produits par les accords horizontaux, les différents types d'accords verticaux sont traités encore plus diversement par la loi que les accords horizontaux. Un accord classique de ce type est l'imposition d'un prix : un accord vertical peut fixer un prix minimum ou maximum. Dans certains cas, cela peut entraîner une diminution des abus commerciaux des distributeurs. Dans d'autres, cependant, cela peut revenir à un cartel horizontal ou en créer un. Les accords accordant des droits de tractation ou des territoires exclusifs peuvent inciter à déployer davantage d'efforts pour vendre le produit du fournisseur ou peuvent protéger les distributeurs de la concurrence ou

empêcher l'entrée d'autres fournisseurs. Selon le cas, les accords relatifs à des combinaisons de produits, par exemple ceux imposant aux distributeurs de proposer des gammes complètes ou la vente liée de produits, peuvent faciliter ou décourager l'introduction de nouveaux produits. Les franchises donnent lieu souvent à des accords verticaux complexes susceptibles d'avoir une incidence non négligeable sur la concurrence : un accord de franchise peut contenir des dispositions relatives à la concurrence au sein de territoires géographiques, à l'exclusivité commerciale en matière d'approvisionnement et aux droits de propriété intellectuelle comme les marques de commerce.

**L'abus de position dominante** ou la **monopolisation** sont des catégories qui s'attachent principalement au comportement et à la situation propres à chaque entreprise. Un vrai monopole, qui n'est pas confronté à la concurrence ou à un risque de concurrence, facturera un prix plus élevé et produira moins ou des produits de moindre qualité ; il peut en outre être moins enclin à introduire des méthodes plus efficaces ou des produits innovants. La législation contre la monopolisation vise généralement à sanctionner les stratégies d'exclusion au moyen desquelles les entreprises pourraient s'efforcer d'acquérir ou de protéger des positions monopolistiques. La législation sanctionnant l'abus de position dominante s'attaque aux mêmes questions et peut aussi avoir pour objet de lutter contre l'exercice effectif d'une puissance sur le marché. Par exemple, dans certains systèmes d'abus de position dominante, facturer des prix excessivement élevés peut constituer une violation de la loi.

Le **contrôle des fusions** a pour objet d'empêcher la création, au moyen d'acquisitions ou d'autres combinaisons structurelles, d'entreprises qui seront incitées à exercer une puissance sur le marché et en seront capables. Dans certains cas, le critère légal est inspiré de la législation relative à l'abus de position dominante ou aux restrictions ; dans d'autres, il existe un critère distinct formulé en termes d'effets comparables sur la concurrence en général. Le processus analytique utilisé nécessite généralement de définir les caractéristiques des produits en concurrence, des entreprises susceptibles de faire concurrence et des parts relatives et de l'importance stratégique de ces entreprises sur les marchés de produits. Un facteur important est la probabilité qu'un nouvel arrivant entre et l'existence de barrières effectives à l'entrée de ce nouvel arrivant. Dans la plupart des systèmes, le critère de la part de marché est appliqué sous une forme ou l'autre, pour orienter la poursuite de l'enquête ou comme élément de présomption du respect ou non du droit. Les fusions intervenant dans les marchés particulièrement concentrés, ou qui donnent naissance à des entreprises dont les parts de marché sont particulièrement élevées, sont considérées comme étant plus susceptibles d'affecter la concurrence. En outre, la plupart des dispositifs prévoient des procédures de notification préalable des autorités chargées du respect de la loi des transactions de plus grande envergure et plus importantes, et des procédures spéciales permettant de diligenter une enquête, afin que les problèmes puissent être identifiés et résolus avant qu'il ne soit effectivement procédé à l'opération de restructuration.

## 2.1 *Les accords horizontaux*

23. Un article de la loi antimonopole est entièrement consacré aux accords de contrôle du marché entre concurrents (art. 13). Y sont spécifiquement proscrites cinq catégories d'accords horizontaux que sont les accords de fixation ou de modification des prix, de limitation de la production ou des ventes, de partage de marchés ou de matières premières, de restriction à l'entrée de nouvelles technologies et de nouveaux équipements ou produits et de refus de vente (boycott collectif). D'autres types d'accords peuvent aussi être interdits, sur décision de l'autorité de la concurrence. La loi antimonopole donne une définition suffisamment large des « accords monopolistiques » pour couvrir les décisions collectives et les actions concertées. Au nombre des sanctions visant à réprimer les accords horizontaux proscrits par cette loi figurent les injonctions à cesser le comportement prohibé, des amendes représentant de 1 % à 10 % du chiffre d'affaires annuel, la saisie des produits de l'infraction et des sanctions pénales. Si l'accord n'a pas été mis en œuvre dans les faits, les parties sont, quoi qu'il en soit, passibles d'une amende pouvant aller jusqu'à 500 000 CNY. Toute personne partie à un accord prohibé qui le dénonce à l'autorité de la concurrence en apportant des éléments de preuve concluants peut bénéficier d'une réduction partielle ou totale de la sanction (art. 46). Les dispositions de la loi antimonopole concernant les sanctions favorisent donc l'adoption d'un programme de clémence en vue de faciliter la répression des ententes horizontales.

24. La loi antimonopole prévoit des exemptions à l'interdiction des accords monopolistiques, qu'ils soient horizontaux ou verticaux. Six ensembles de critères peuvent être retenus à ce titre : l'amélioration technologique et le renforcement de la recherche et du développement de nouveaux produits ;

l'amélioration de la qualité des produits, la réduction des coûts, le renforcement de l'efficacité et l'harmonisation des spécifications ou normes ou règles de spécialisation ; l'amélioration de l'efficacité et de la compétitivité des petites et moyennes entreprises ; la réalisation d'objectifs d'intérêt général comme les économies d'énergie, la protection de l'environnement et les secours en cas de catastrophe ; la modération d'une offre excédentaire lors d'une crise économique ; et enfin la protection d'intérêts légitimes dans le cadre d'échanges internationaux et de la coopération économique. En outre, pour bénéficier d'une exemption, l'accord ne doit pas restreindre significativement la concurrence sur le marché pertinent et les avantages qui en découlent doivent être partagés avec les consommateurs (art. 15). Ces deux dernières dispositions ne s'appliquent toutefois pas aux exemptions concernant les échanges internationaux et la coopération économique. Les parties doivent apporter elles-mêmes la preuve que leur accord remplit les critères d'exemption. La procédure de décision concernant ces exemptions n'est pas précisée. En ce qui concerne les demandes d'exemption pour les ententes conclues en cas de « crise économique » notamment, il importera que les lignes directrices ou les réglementations précisent que l'exemption ne sera accordée qu'à titre provisoire et dans certains cas précis.

25. Cela étant, on peut se demander si l'interdiction des accords horizontaux prévue par la loi antimonopole est une règle *per se*, autrement dit applicable sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'effet sur la concurrence pour que la responsabilité soit engagée. Le champ d'application de l'interdiction pourrait en effet dépendre de la définition de ce qui est interdit, donc de la notion « d'accords monopolistiques », qui sont décrits comme des accords qui éliminent ou restreignent la concurrence. Cette dernière expression, concernant les effets sur la concurrence, peut s'interpréter comme une autre condition nécessaire pour établir la responsabilité. Mais elle peut aussi s'entendre comme caractérisant les effets probables du genre d'accords prohibés et, donc être interprétée comme une indication quant aux autres accords horizontaux qui doivent être proscrits. Cette définition n'est pas nuancée par une condition telle que celle de la « matérialité des faits ». Une interprétation tenant compte des règles de raison et de proportionnalité, telle que la reflèterait en pratique l'application du droit ou qui serait inscrite dans les lignes directrices, sinon dans le texte même de la loi, permettrait d'éviter une interdiction mécanique et inefficace de tous les accords ayant pour effet de restreindre la concurrence d'une manière ou d'une autre. Cela étant, les mesures répressives contre les accords caractérisés de fixation des prix, qui posent le problème le plus sérieux du point de vue de la concurrence dans les économies développées, seraient plus efficaces s'ils étaient interdits *per se*.

26. D'autres textes législatifs proscrirent les ententes horizontales et les soumissions concertées. La loi sur les prix de 1997 interdit toute collusion visant à contrôler les prix du marché (Loi sur les prix, art. 14(1)). Les sanctions prévues sont notamment la saisie des produits illicites de l'infraction, une amende pouvant représenter cinq fois ces produits illicites, un rappel à l'ordre ou une injonction à corriger le comportement visé voire la révocation des licences d'exploitation (Loi sur les prix, art. 40). Le règlement d'application de la Loi sur les prix, adopté à l'origine en 2003 sous la forme des *Dispositions provisoires relatives à l'interdiction des comportements monopolistiques de fixation des prix* de la CNDR et récemment promulgué en tant que règlement du Conseil des affaires d'État, précise plus avant ce qui est interdit par la loi, à savoir la conclusion d'accords et les décisions ou les pratiques concertées visant à fixer les prix ou à limiter la production en vue de contrôler les prix. La Loi sur les prix proscriit également les ententes sur les prix lors des soumissions ou des adjudications, et comporte une disposition générale traitant des autres formes de contrôle des prix. Outre l'interdiction du contrôle des prix par le biais d'accords privés, elle contient aussi des dispositions sur le contrôle officiel des prix pour les biens et services de première nécessité essentiels (Loi sur les prix, art. 18).

27. La LCD interdit les soumissions collusoires. Ces soumissions sont frappées de nullité et les soumissionnaires qui s'y livrent s'exposent à une amende de 10 000 CNY à 200 000 CNY (LCD, art. 15, 27). (Il s'agit là du seul type d'accord horizontal couvert par cette loi). La loi sur les appels d'offres proscriit aussi les soumissions concertées et prévoit à cet égard des sanctions plus lourdes que la LCD,

notamment la saisie des produits illicites de l'infraction, une amende pouvant représenter de 5 % à 10 % de la valeur du projet, l'interdiction de participer à de futurs appels d'offres, la révocation des licences d'exploitation, des sanctions pénales et l'indemnisation des autres parties, lésées par l'infraction (Loi sur les appels d'offres, art. 32, 53). Les soumissions concertées sont en outre passibles de poursuites pénales en vertu du Code pénal et, si l'infraction est établie, elles peuvent être sanctionnées à ce titre d'une amende et d'une peine maximale de trois ans d'emprisonnement (Code pénal, art. 223). La répression des soumissions concertées a donné lieu à des sanctions particulièrement lourdes. En 2004, deux agents publics convaincus de soumission concertée et de corruption dans le cadre de la réorganisation d'entreprises détenues par l'État ont ainsi été condamnés à une peine de 13 ans d'emprisonnement.

28. Pour d'autres catégories d'accords de fixation des prix, la répression n'a pas été aussi sévère jusque là. De tels accords ont été dénoncés pour des produits allant des nouilles chinoises aux services aériens. Au nombre des exemples souvent cités, tirés des années 90, figurent un accord visant à faire cesser une guerre des prix sur le marché des climatiseurs conclu entre plusieurs grands magasins d'État de Nankin, un accord sur les frais de service conclu entre prestataires de services de radiomessagerie et deux accords passés dans le secteur des machines à laver, l'un entre différents fabricants, portant sur les prix et les conditions de ventes aux détaillants, et l'autre entre grands magasins et portant sur les prix de vente au public. Cela étant, des accords similaires ont continué à être signalés même après la promulgation de l'interdiction contenue dans la Loi sur les prix. Ce fut ainsi le cas, en 1999, d'un accord destiné à limiter la production de caméras vidéo pour favoriser des hausses de prix et d'un autre accord sur le marché des climatiseurs, conclu cette fois entre plusieurs fabricants à Nankin.

29. Le sort qu'a connu une « alliance sur les prix » de très courte durée conclue entre neuf fabricants de téléviseurs a marqué le début d'une réaction plus énergique des pouvoirs publics. Après six campagnes successives de guerre des prix en cinq ans, ces fabricants s'étaient réunis en sommet pour convenir des normes à respecter et des efforts de recherche à mener, mais aussi pour s'entendre sur des prix plancher et sur une réduction de la production. Les participants de ce sommet n'avaient de toute évidence nullement conscience d'agir ainsi en infraction à la loi sur les prix. L'un des dirigeants du secteur a fait valoir que le prix plancher convenu couvrait juste les coûts de production, de sorte que tout prix inférieur à celui-ci devait être considéré comme une concurrence déloyale. Un responsable du ministère des Industries de l'Information a salué ce sommet comme un signe de maturité, de développement harmonieux et d'autodiscipline du secteur. Mais de son côté, la Commission d'État pour la planification et du développement (devenue par la suite la CNDR), qui est désormais responsable de la mise en œuvre de la Loi sur les prix avait promis de mener une enquête, déclarant que cette manœuvre ressemblait à un monopole déguisé. Quelques semaines plus tard, le ministère s'est joint à elle pour rappeler à l'ordre les intervenants du secteur sur le fait que leur accord constituait bien une infraction à la loi. Aucune mesure répressive formelle n'a été prise, car l'accord en question a fait long feu, l'une des parties s'étant empressée, dès le lendemain du sommet, d'appliquer un prix inférieur au prix plancher convenu.

30. Dans le passé, les déclarations des pouvoirs publics demandant l'exercice d'une « autodiscipline » sur les prix ont pu donner lieu à des pratiques de marché assimilables à des collusions. La Commission d'État pour l'économie et le commerce a ainsi publié, en 1998 ses *Avis sur une autodiscipline en matière de prix pour certains produits industriels*, dans lesquels elle faisait valoir que l'autodiscipline était nécessaire pour mettre fin aux guerres de prix et à une concurrence désordonnée. Les fabricants de 20 catégories de produits – dont les panneaux de verre, le ciment, les automobiles, les véhicules agricoles et les générateurs d'électricité – avaient été contraints d'observer des prix minimums, fixés par les associations professionnelles. Celles-ci pouvaient sanctionner financièrement leurs membres pour les faire respecter. Dans un cas, une entreprise a dû payer une amende de 800 000 CNY (plus des « frais d'inspection » de 153 000 CNY) pour avoir pratiqué des prix inférieurs au prix minimum fixé ; cette amende, qui sanctionnait la violation d'un accord de fixation des prix, était donc plus élevée que celle que pourrait imposer la Commission d'État pour l'économie et le commerce en cas de soumission concertée.

31. Les associations professionnelles sont désormais soumises à une disposition spéciale de la Loi antimonopole, disposition ajoutée en dernière lecture. Les associations « n'organisent pas leurs adhérents » pour se livrer à des pratiques anticoncurrentielles interdites par le chapitre sur les « ententes monopolistiques » (art. 16). Ce nouvel article souligne l'importance de la question. Il ne s'agissait cependant pas de combler une lacune du projet de loi (un certain traitement spécial est d'ailleurs implicite dans le rappel à l'ordre de l'article 11 appelant les associations à renforcer l'autodiscipline de leurs adhérents de façon à qu'ils participent à la concurrence dans le respect de la loi). La définition générale des ententes monopolistiques interdites par l'article 13 est normalement suffisamment large pour couvrir les ententes anticoncurrentielles conclues sur décision d'une association professionnelle.

#### **Encadré 4. Quelques cas de collusion classiques**

Plusieurs accords de fixation de prix se sont fait jour à l'été 2007, lorsque le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale a mis la dernière main à la loi antimonopole. La publicité faite à ces affaires a sans doute suscité l'ajout d'un article visant spécifiquement les accords de fixation des prix conclus dans le cadre d'associations professionnelles.

**L'affaire des nouilles chinoises** : de la fin de 2006 jusqu'en juillet 2007, l'association chinoise des fabricants de nouilles précuites a convoqué trois réunions pour débattre de hausses de prix. L'association est parvenue à un accord sur l'ampleur et le calendrier des hausses de prix concernant trois catégories de produits et le projet a été publié dans le journal professionnel du secteur. L'annonce d'une hausse des prix en juillet 2007 a provoqué la formation de longues files d'attente d'acheteurs souhaitant s'approvisionner avant cette hausse. Des consommateurs se sont plaints auprès de la Commission nationale pour le développement et la réforme (CNDR) qui a ouvert une enquête. Dans un premier temps, l'association n'a pas fourni de documentation complète sur ses réunions et a publié un communiqué de presse niant l'existence d'une collusion en vue du relèvement des prix. Néanmoins, la CNDR a estimé que les réunions ayant abouti à la hausse des prix contrevenaient à la Loi sur les prix et à ses règlements d'application, en entravant gravement le fonctionnement du système de formation des prix, en restreignant la concurrence normale et en portant préjudice aux intérêts des consommateurs. À titre de réparation, la CNDR a ordonné à l'association de rapporter son projet d'augmentation des prix et d'expliquer publiquement sa conduite. La CNDR a aussi appelé toutes les associations professionnelles et les entreprises à tirer les leçons de cette affaire et à cesser toute collusion en matière de prix. La CNDR a invité les médias et le public à surveiller les prix et à signaler les comportements suspects dans ce domaine à l'aide de son numéro d'appel d'urgence, le '12385'.

**L'affaire des stations de lavage de voitures** : en août 2007, un service local de surveillance des prix de la province du Hubei a reçu des plaintes concernant des augmentations de prix dans des stations de lavage de voitures. Deux propriétaires de stations avaient suggéré à neuf concurrents de relever les prix. Le jour suivant, deux réunions avaient été convoquées pour en débattre, la seconde étant une assemblée générale de 16 stations et ayant abouti à un calendrier convenu d'augmentations et à l'adoption de modalités permettant de faire respecter l'accord. Chaque station avait alors déposé une somme équivalente au prix de 50 lavages de voitures (ou de 100 lavages de motocycles), somme qui serait confisquée si la station trichait sur le prix convenu. Le service local de surveillance des prix a entrepris une enquête dès la réception des plaintes. Trois jours seulement après l'accord et la hausse des prix, il a convoqué sa propre réunion avec les membres de l'entente et les a informés du caractère illégal de l'accord. Les membres de l'entente sont convenus de rapporter l'augmentation et de ne plus s'entendre sur les prix. Le service de surveillance a admis que les prix pouvaient varier selon le service et qu'ils pouvaient évoluer pour mieux correspondre aux prix de services analogues de districts voisins.

**L'affaire des restaurants** : Un autre service local de surveillance des prix dans la province du Zhejiang a réagi à des articles de presse rapportant que l'association locale des restaurateurs prévoyait une augmentation de 20 % de leurs prix. Cette association n'avait bien évidemment pas consigné cet accord par écrit. L'enquête a abouti à un avertissement. L'association a promis de respecter désormais la loi, tout en prenant des mesures pour faire face à l'augmentation des coûts et pour maintenir la « stabilité » des prix dans le secteur.

Source : CNDR

32. Les accords ouverts et formels de fixation des prix devraient se raréfier avec l'intensification de la répression confortée par la nouvelle Loi antimonopole. On ne sait cependant pas encore si cette loi

aboutira à des sanctions plus sévères. En théorie, l'amende en cas de violation de la Loi sur les prix pourrait être supérieure à celle qui est appliquée aux infractions à la Loi antimonopole, car la Loi sur les prix ne fixe pas de limite supérieure et autorise une amende pouvant représenter cinq fois le gain retiré de l'infraction. Les sanctions prévues par la Loi sur les prix comprennent même la révocation de la licence de l'entreprise contrevenante. Néanmoins, de récents comptes rendus de la mise en œuvre de cette loi montrent que les affaires aboutissent généralement à des avertissements ou des ordonnances de rétablissement, mais pas à des amendes. La Loi antimonopole prévoit une sanction, à caractère pénal, qui est plus sévère que celles de la Loi sur les prix. Les règlements d'application de la Loi antimonopole peuvent donner plus d'indications sur la fixation d'amendes suffisamment fortes pour dissuader les contrevenants.

## 2.2 *Accords verticaux*

33. Un autre article de la Loi antimonopole couvre les accords verticaux, à savoir ceux qui sont conclus « entre contreparties » (art. 14). Seuls deux types d'accords sont spécifiquement interdits : les accords de fixation de prix de revente à des tiers et les accords de limitation des prix de revente minimums à des tiers. Les autorités responsables peuvent aussi décider que d'autres types d'accords constituent des « accords monopolistiques » aux termes de la loi. Les modalités d'application de la Loi antimonopole aux prix recommandés, au plafonnement des prix de revente, à la distribution et l'offre exclusives, au franchisage et autres mécanismes de distribution seront naturellement déterminées par l'expérience de la mise en œuvre de la loi sur le terrain. Cette expérience permettra aussi de dire si l'interdiction des ententes sur les prix constitue une règle *per se*, ou si son traitement suivra la tendance d'autres juridictions à prendre en compte ses effets nets sur la concurrence sur le marché pertinent. L'exemption de l'interdiction à l'encontre des « accords verticaux constitutifs de monopoles » est régie par la même partie de la loi qui précise les exemptions applicables aux accords horizontaux, de sorte que les mêmes normes et présomptions devraient s'appliquer dans ces domaines.

34. La réglementation en vigueur a anticipé le traitement des accords verticaux prévu par la Loi antimonopole. Les *Mesures administratives applicables aux transactions loyales entre détaillants et fournisseurs* interdisent les ententes sur les prix, les ventes liées ou la distribution exclusive. Ces règlements ont été publiés en 2006 conjointement par le ministère du Commerce, l'AEIC, la CNDR ainsi que par deux autres organismes de niveau ministériel. Ils couvrent aussi d'autres thèmes courants des différends dans les relations de distribution, comme les délais de paiement, les renvois de produits et les actions de promotion. Ils sont mis en œuvre par des services locaux correspondant aux organismes nationaux qui les ont publiés. Les sanctions en cas de contravention comprennent des ordonnances de rétablissement et des amendes à concurrence de trois fois le gain ou la perte illicite, sous réserve d'un plafond de 30 000 CNY. Pour éviter les contraventions, les règlements encouragent les parties à utiliser des contrats-types recommandés par les services de l'industrie et du commerce (art. 5). Les règlements ne prévoient aucun critère ni aucune disposition relative aux « effets sur la concurrence » à des fins d'exemption ou relative à la pondération des effets dans le cadre de la règle de raison.

## 2.3 *Abus de position dominante*

35. La Loi antimonopole interdit l'abus de position dominante sur le marché. L'une des dispositions générales figurant au début du texte indique que les entreprises occupant une position dominante n'utiliseront pas cette position pour éliminer ou restreindre la concurrence (art. 6). Le chapitre III consacré à l'abus de position dominante commence par énumérer six types d'abus spécifiquement interdits : l'exploitation de la position dominante par la facturation aux clients de prix excessifs et déloyaux ou le sous-paiement déloyal des fournisseurs, la vente à perte, le refus de vente, l'imposition d'exclusivités de distribution, l'imposition de ventes liées et autres conditions inacceptables et la discrimination par les prix ou les conditions (art. 17). Ces interdictions s'appliquent sous réserve que le comportement soit « sans

justification », sachant cependant que cette réserve ne s'applique pas à l'exploitation de la position dominante. L'autorité compétente peut décider que d'autres comportements constituent aussi des abus interdits.

36. Une position dominante est définie comme une position qui permet à celui qui la détient de contrôler les prix, la production et les conditions régnant sur un marché pertinent (art. 17). La mise en évidence d'une position dominante suppose donc de définir le marché pertinent. Les facteurs à prendre en compte pour déterminer si une entreprise est dominante comprennent sa part de marché, ses capacités financières et techniques, le degré de dépendance des entreprises à son endroit et la difficulté d'entrer sur le marché pertinent (art. 18). La mise en évidence de la domination peut reposer sur la part de marché et la structure du marché. Pour une entreprise unique, on peut présumer la domination lorsque sa part de marché dépasse 50 %. Sur un marché pertinent où la concentration de deux entreprises dépasse 67 % ou celle de trois entreprises excède 75 %, toute entreprise dont la part de marché dépasse 10 % peut être présumée occuper une position dominante. Ces seuils constituent des présomptions réfutables, de sorte qu'une entreprise peut échapper à sa mise en cause en montrant qu'elle n'est pas en mesure de contrôler les prix, la production, l'entrée sur le marché ou les conditions qui y règnent. Dans des situations de domination conjointe, le seuil des 10 % est une « mesure de protection » ; sinon, la Loi antimonopole permet à l'autorité compétente de conclure qu'une entreprise est dominante, en s'appuyant sur les critères définitoires, même si ladite entreprise détient une part de marché inférieure au seuil de présomption de domination. Des orientations pour la mise en œuvre de la loi expliquant les facteurs pertinents pour appliquer la production pourraient faire en sorte que les critères prévus par le texte ne seront pas appliqués de façon trop mécanique

37. La Loi sur les prix traite également de la fixation de prix d'exploitation de position dominante et d'éviction ainsi que de la discrimination. Elle interdit la vente à perte dans l'intention d'éliminer des concurrents et de monopoliser le marché. Elle interdit aussi les prix discriminatoires et les prix excessifs, indépendamment de la question de savoir s'il y a intention d'éliminer la concurrence. Les sanctions comportent des ordonnances de cessation et de rétablissement, la saisie des gains illicites, une amende pouvant atteindre cinq fois les gains ou l'annulation des licences d'exploitation du contrevenant (Loi sur les prix, art. 14, 40). La CNDR qui est chargée d'appliquer cette loi a publié des *Dispositions intérimaires sur la prévention des prix de monopole* en 2003 pour commenter ses interdictions et s'orienter vers leur inclusion dans un régime de politique de la concurrence en introduisant l'élément de la position dominante. Ces règlements prévoient qu'une entreprise ne peut pas s'appuyer sur sa « prédominance sur le marché » pour se livrer à des pratiques d'exploitation, d'éviction ou de discrimination. Une situation de prédominance sur le marché est déterminée par la part du marché pertinent et la facilité de substitution d'autres produits ou de l'entrée de nouveaux fournisseurs. Les *Principes directeurs sur les ventes à perte*, publiés en 1999 par l'instance ayant précédé la CNDR, donnent des précisions supplémentaires sur ce que l'on considère comme une vente « à perte » aux termes de la Loi sur les prix. La notion de coût dans ce texte se réfère au coût de production et au coût de fonctionnement (Loi sur les prix, art. 8), ce qui suppose d'appliquer un critère reposant sur des coûts variables, même si le coût moyen et l'ampleur de la réduction du prix puissent servir de point de référence si un coût variable est difficile à déterminer. Les infractions sont liées à l'intention d'exclure les concurrents ou de monopoliser le marché et la vente à perte est permise pour des ventes normales de liquidation, à savoir pour se défaire de surplus, de produits saisonniers ou périssables ou en cas de faillite, de cession ou de fermeture d'une entreprise.

38. La Loi antimonopole interdit elle aussi les ventes à perte et les ventes liées (Loi antimonopole, art. 11, 12). Ces interdictions ne dépendent pas de la démonstration que l'entreprise occupe une position dominante. L'interdiction prévue par la Loi antimonopole prohibition de la vente à perte n'est cependant pas une règle *per se*. Elle emporte un élément d'intention d'exclure des concurrents et elle prévoit des exceptions, lorsqu'il s'agit par exemple de se défaire de denrées périssables, de surplus et de biens saisonniers ou encore pour la liquidation d'une entreprise (Loi antimonopole, art. 11). Ces conditions de la

Loi antimonopole, dont la mise en œuvre est confiée à l'AEIC, sont analogues à celles des *Principes directeurs sur les ventes à perte* de 1999 dans le cadre de la Loi sur les prix, dont l'application relève de la CNDR.

39. L'abus de droits de propriété intellectuelle en vue d'éliminer ou de restreindre la concurrence pourrait être contraire à la Loi antimonopole (art. 55). Des recours privés sur l'octroi de licences technologiques ou des questions de compatibilité ont donné lieu à des accusations de monopolisation qui ont été formulées en termes de concurrence déloyale ou d'infraction à la Loi relative aux contrats en l'absence de loi générale sur l'abus de position dominante. Un contrat qui instaure un monopole sur une technologie ou entrave le progrès technologique ou encore qui porte préjudice aux avancées technologiques réalisées par des tiers est nul et non avenue (Loi relative aux contrats, art. 329). Un contrat de transfert de technologie peut contrôler le champ d'utilisation de la technologie s'il ne restreint pas la concurrence et le développement technologiques (Loi relative aux contrats, art. 343)

40. Aucune disposition d'exemption de l'interdiction à l'encontre de l'abus de position dominante n'est prévue dans la Loi antimonopole. La réserve selon laquelle la conduite doit être « sans justification » tendra à encourager les autorités compétentes à évaluer l'effet net sur la concurrence au lieu d'appliquer les interdictions à la lettre et avec formalisme. Mais elles pourraient aussi envisager d'apprécier les effets anticoncurrentiels à l'aune d'autres objectifs ou principes. Les instructions d'application pourraient préciser ce qui doit être considéré comme une justification recevable d'un comportement par ailleurs interdit.

41. Les modalités d'application de la Loi antimonopole à des industries de réseaux et à des entreprises de services publics restent à affiner dans la pratique. Lorsque des droits exclusifs ou des monopoles ont été accordés par la loi, l'État doit protéger les droits légitimes des entreprises de ces secteurs, préserver aussi les intérêts légitimes des consommateurs et promouvoir le progrès technologique. Ces entreprises ne doivent pas user de leurs positions exclusives ou de leur monopole pour porter préjudice aux consommateurs (art. 7). Il ne semble pas que cet article de la Loi antimonopole vaille exemption de l'interdiction générale de l'abus de position dominante, car le texte prévoit par ailleurs que les entreprises auxquelles il s'applique doivent mener leurs affaires dans le respect de la loi.

42. La Loi antimonopole contrôle certains aspects de l'abus de monopole par les services aux collectivités. Elle interdit aux entreprises de services aux collectivités et aux monopoles légaux d'imposer des transactions à leurs clients (Loi antimonopole, art. 6). Cette interdiction répond à des abus récurrents de la part des services de télécommunication, de fourniture d'électricité, d'eau et de gaz consistant à refuser d'assurer les services à moins que les clients n'achètent certains téléphones, tableaux électriques, compteurs ou appareils de chauffage – ceux que fournissent normalement des sociétés affiliées et qui sont plus coûteux que ceux que l'on trouve sur le marché. Les règlements publiés en 1993 par l'AEIC et commentant cette partie de la Loi antimonopole (*les Dispositions interdisant les services aux collectivités de restreindre la concurrence*), intègrent le concept de position dominante. Les entreprises des secteurs de l'eau, de l'électricité, du gaz, des services postaux, des télécommunications et des services de transport ont l'interdiction « d'user de leur position dominante pour entraver la concurrence loyale d'autres opérateurs commerciaux et de porter préjudice aux intérêts légitimes des consommateurs ». La liste non exhaustive des comportements prohibés comprend les transactions forcées, les ventes liées, le refus de vente et la tarification excessive. Les sanctions pour contravention comprennent les ordonnances de cessation et des amendes à concurrence de 3 fois le gain illicite. Les clients et les consommateurs peuvent demander un dédommagement pour ces violations de la réglementation par les services aux collectivités ; en revanche, les procès en dommages-intérêts découlant de la plupart des infractions à la Loi antimonopole ne peuvent être intentés que par d'autres entreprises.

43. Les secteurs qui font habituellement l'objet de réformes de la réglementation et dans lesquels des monopoles de longue date et autres entreprises publiques font face à une concurrence nouvelle, pourraient donner des occasions de mettre à l'épreuve l'application de la Loi antimonopole. Dans les télécommunications, la restructuration a donné naissance à sept opérateurs, mais les deux sociétés de téléphonie mobile, la China Mobile et la China Unicom, sont des entreprises publiques et sont placées en grande partie sous le contrôle du ministère de l'Industrie de l'information et de ses services locaux. Or, ce secteur a fait l'objet de plaintes pour tarification excessive, ventes liées et distribution exclusive. Dans les soins de santé, les pharmacies des hôpitaux publics vendent la plupart des médicaments délivrés sur ordonnance et on se plaint à cet égard que les systèmes de distribution exclusive, les ventes liées et les soumissions concertées empêchent la concurrence des pharmacies de ville. La Chine a sans doute besoin de se doter de règles spéciales pour remédier aux stratégies anticoncurrentielles déployées par des entreprises publiques, parce que la structure de leur capital et leurs liens avec les administrations publiques les incitent à fausser la concurrence avec des concurrents privés et leur donnent des possibilités de le faire.

#### 2.4 Fusions

44. La Loi antimonopole définit un cadre général d'application de la politique de la concurrence aux fusions-acquisitions. Elle couvre les fusions, les acquisitions de participations ou d'actifs entraînant un changement du contrôle ainsi que l'acquisition du contrôle ou d'une « influence décisive » par le biais de contrats ou de tout autre moyen. Une transaction peut être interdite si elle élimine ou restreint la concurrence ; la norme générale sur le fond n'est donc pas liée au concept de domination. Parmi les facteurs à prendre en compte, on trouve la puissance sur le marché et la part de marché des parties, la concentration des marchés pertinents, les effets sur l'entrée et sur le développement technologique, les effets sur les consommateurs et les autres entreprises ainsi que les effets sur le développement économique national. Une transaction peut être approuvée si les parties démontrent qu'elle conduira à des améliorations des conditions de concurrence supérieure aux effets négatifs induits sur la concurrence ou qu'elle relève par ailleurs de l'intérêt général (art. 28). Les premières dispositions de la Loi antimonopole font aussi référence aux fusions en déclarant que des entreprises peuvent convenir de leur fusion en vue de réaliser des économies d'échelle et d'améliorer leur compétitivité (art. 5). En reprenant ce point dans le contexte des objectifs des pouvoirs publics et des principes généraux du droit, la Loi antimonopole indique que le contrôle des fusions prendra en compte les prétentions à une amélioration de la concurrence.

45. Les règles actuellement applicables aux fusions ne valent que pour les opérations de rachat d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers. Les *Dispositions sur les fusions et acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers* ont été publiées en 2006 conjointement par six ministères et organismes responsables dans les domaines des changes, de la réglementation des valeurs mobilières, de la fiscalité, des participations de l'État ainsi que de la politique de la concurrence et de sa mise en œuvre. Ces dispositions se substituent aux règles provisoires adoptées en 2003. L'un de leurs objectifs est de préserver la loyauté de la concurrence et l'un de leurs principes de fond est que le rachat par une entreprise étrangère ne doit pas aboutir à une concentration excessive ni à exclure ou restreindre la concurrence. Ainsi, le chapitre 5 de ces *Dispositions* prévoit un contrôle destiné à déterminer si le rachat risque d'aboutir à une concentration excessive, à entraver la concurrence loyale ou à porter préjudice aux intérêts des consommateurs. Parmi les autres objectifs et buts poursuivis, on retiendra la promotion de l'investissement étranger et l'introduction de technologies et de méthodes de gestion avancées ainsi que la protection de l'emploi et de la sécurité économique nationale. L'approbation du ministère du Commerce est donc nécessaire pour toute acquisition conduisant au transfert du contrôle d'une entreprise nationale relevant des secteurs essentiels et produisant ou pouvant produire des effets sur la sécurité économique nationale, ou d'une entreprise possédant une marque célèbre ou une raison sociale vénérable. Une transaction peut être exemptée de la procédure de contrôle si elle est susceptible d'améliorer la concurrence sur le marché, si la cible du rachat perd de l'argent et si la reprise est de nature à préserver l'emploi, à améliorer la compétitivité internationale par le transfert de technologies ou de méthodes de gestion ou

encore si la transaction peut améliorer les conditions environnementales. En 2007, le ministère du Commerce a publié des lignes directrices pour la notification de ces opérations afin d'en préciser des aspects procéduraux comme le calendrier et le contenu de la notification. Les parties sont invitées à contacter le ministère du Commerce avant de procéder à la notification officielle de l'opération, de façon à examiner si la notification sera nécessaire et à commencer à clarifier des aspects comme celle des marchés pertinents

46. Une notification préalable est prescrite par la Loi antimonopole. Des détails de cette obligation seront définis par le Conseil des affaires d'État. Les versions précédentes du projet de loi devaient fixer des seuils de notification spécifiques, comme un chiffre d'affaires mondial de 12 milliards CNY pour toutes les parties et un chiffre d'affaires de 800 millions CNY pour une même partie en Chine. Ces seuils ont été abandonnés par la Loi antimonopole dans sa version finalement adoptée et les dispositions des versions précédentes qui auraient conditionné la notification à la part de marché n'ont pas non plus été reprises dans le texte définitif. La fixation de seuils et de conditions de notification par la voie réglementaire plutôt que dans la législation de base permettra de traiter la question de façon plus souple.

47. Aux termes des règles en vigueur relatives aux rachats par des intérêts étrangers, la notification peut être exigée en fonction de plusieurs critères. Si la transaction intervient en Chine, la notification est obligatoire si l'une des parties a un chiffre d'affaires annuel en Chine de plus de 1.5 milliard CNY, si la partie étrangère a racheté plus de 10 entreprises chinoises, si la part du marché chinois de l'une quelconque des parties dépasse 20 % ou si l'entité issue du rachat va détenir plus de 25 % du marché chinois. Pour une transaction en dehors de Chine, la notification est requise si la partie étrangère détient 3 milliards CNY d'actifs en Chine, un chiffre d'affaires annuel en Chine de plus de 1.5 milliard CNY, une part du marché chinois (avec ses filiales) de plus de 20 % ou si cette part va dépasser 25 % après le rachat. En outre, la notification d'un rachat à l'étranger est obligatoire si l'opération va aboutir à la présence de plus de 15 entreprises à capitaux étrangers dans le secteur chinois. Une opération ne répondant à aucun de ces critères peut néanmoins devoir être notifiée, si le ministère du Commerce ou l'AEIC le décide, après réception d'une requête d'un concurrent, d'un ministère ou d'une association chinoise affirmant que le rachat emporte une très grande part du marché ou présente des aspects majeurs de nature à porter gravement préjudice à la concurrence sur le marché. La notification peut se faire auprès du ministère du Commerce ou de l'AEIC, l'un comme l'autre pouvant intervenir dans l'examen de l'opération sous l'angle de la concurrence.

48. Le processus d'examen en deux temps prévu par la Loi antimonopole fera l'objet de délais précis. L'autorité compétente dispose de 30 jours à compter de la notification initiale pour décider si un examen approfondi est nécessaire. Si ce n'est pas le cas, l'opération est réputée approuvée. Ce délai de 30 jours ne peut pas être prolongé. Si un examen approfondi est entrepris, il doit être achevé dans les 90 jours. Cette période peut être prolongée de 60 jours au plus si les parties en conviennent, si les documents soumis par les parties sont insuffisants ou si les conditions ont été sensiblement modifiées depuis la notification. À l'issue de la période d'examen, la transaction est réputée approuvée sauf si l'autorité compétente a pris la décision de l'interdire ou de lui imposer des conditions. Les décisions d'interdiction seront rendues publiques. Les mesures correctrices applicables aux opérations contrevenant aux prescriptions de la Loi antimonopole comprennent une amende maximum de 500 000 CNY et des ordonnances de désinvestissement et autres mesures destinées à rétablir la situation antérieure sur le marché (art. 47). Dans le cadre des règles en vigueur, les examens des transactions étrangères se font aussi en deux temps. Le délai initial est de 30 jours ouvrés, à la suite de quoi la transaction est automatiquement autorisée sauf notification d'un prolongement du délai pour un deuxième examen. Ce second examen doit être achevé à l'issue d'un nouveau délai de 90 jours ouvrés. Si le ministère du Commerce et l'AEIC estiment que les normes de fond justifiant un rejet sont satisfaites et si l'opération se déroule en Chine, ils peuvent convoquer une audition des parties.

49. L'acquisition d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers et d'autres formes de concentration impliquant des investisseurs étrangers et touchant à la sécurité nationale doivent être soumises à la fois à un examen au regard de la concurrence et à un examen au regard de la sécurité nationale (art. 31). Les règles relatives aux rachats étrangers prévoient désormais l'envoi d'une demande au ministère du Commerce dès lors qu'une entreprise étrangère entend prendre le contrôle d'une entreprise relevant d'un secteur clé ou dont les marques chinoises sont célèbres ou ont une valeur historique, ou encore si l'opération peut avoir un impact sur la sécurité économique nationale.

50. Les autorités de tutelle sectorielles peuvent aussi avoir des responsabilités dans l'examen des fusions. Les acquisitions dans le secteur financier peuvent nécessiter une autorisation des autorités de tutelle des secteurs de la finance et de l'assurance, par exemple. Dans l'aviation civile, les règles relatives aux fusions et restructurations imposent des autorisations de l'autorité de tutelle ou de ses services locaux. Ces règles, publiées en 2005, appellent à promouvoir une concurrence loyale et ordonnée et à empêcher la formation de monopoles, mais elles ne comportent aucune norme de fond en matière de concurrence, en dehors de l'invocation de la concurrence parmi leurs objectifs. Elles prévoient un bref processus d'examen de 20 jours ouverts avec un prolongement possible de 10 jours ouverts supplémentaires.

51. Même en l'absence de programme formel de contrôle des fusions entre entreprises nationales, les grandes opérations de regroupement peuvent retenir l'attention des autorités. Deux très grands distributeurs d'électroménager et d'électronique ont ainsi annoncé leur fusion en 2006, pour créer une chaîne nationale de 800 points de vente. Certains fabricants ont fait part de leurs craintes que cette nouvelle entreprise ne dispose d'un trop grand pouvoir de négociation sur les prix et les promotions. Des représentants des producteurs et des consommateurs ont exprimé leurs points de vue au ministère du Commerce lors d'une audition à laquelle les parties à la fusion n'étaient pas convoquées. L'opération a néanmoins pu se poursuivre.

## **2.5 Monopoles administratifs**

52. La Loi antimonopole traite longuement de l'abus de pouvoirs administratifs. L'un des principes généraux énoncés dans la première partie de la Loi antimonopole veut que les instances administratives et autres organisations dotées par la loi ou la réglementation de responsabilités administratives ne doivent pas abuser de leurs pouvoirs pour éliminer ou restreindre la concurrence (art. 8). Le chapitre V précise plus avant les types d'initiatives que ces organismes ne peuvent pas prendre. Ils ne peuvent pas rendre obligatoire des mécanismes d'exclusivité, en imposant directement ou indirectement de ne traiter qu'avec certains fournisseurs (art. 32). Ils ne peuvent entraver le commerce entre régions en fixant des prix ou des normes plus élevés pour les produits provenant d'autres régions, en imposant des normes techniques ou d'inspection différentes ainsi que des frais différents dans ce domaine, en les soumettant à des obligations de licence ou en entravant le commerce au moyen de points de contrôle (art. 33). Ils ne peuvent pas empêcher ou décourager des entreprises d'autres régions de participer à des appels d'offres (art. 34). Ils ne peuvent pas décourager les investissements d'entreprises provenant d'autres régions par des discriminations dans des fonctions comme l'autorisation d'ouverture de succursales (art. 35). Ils ne peuvent pas abuser de leurs pouvoirs en ordonnant à des entreprises de prendre des mesures par ailleurs interdites aux termes de la Loi antimonopole (art. 36). Enfin, ils ne peuvent pas adopter de règlements qui éliminent ou restreignent la concurrence (art. 37). La LCD interdit par ailleurs deux formes d'exercice de monopole administratif, à savoir l'obligation de traiter avec des entreprises désignées et la limitation des importations en provenance d'autres régions ou des exportations de produits locaux (LCD, art. 7). La liste plus longue des interdictions figurant dans la Loi antimonopole élargit cette interdiction. Certes, pour traiter des abus anticoncurrentiels de pouvoirs administratifs qui ne figurent pas dans la liste, le chapitre V lui-même ne comporte pas de disposition « fourre-tout », mais l'interdiction générale à l'encontre des abus de pouvoirs administratifs que prévoit l'article 8 paraît constituer une référence suffisante pour engager une action.

53. Les mesures correctrices à l'encontre de ces abus sont de nature administrative. Si une instance administrative ou publique abuse de ses pouvoirs pour restreindre la concurrence, l'organe qui lui est hiérarchiquement supérieur doit remédier au problème et sanctionner les cadres responsables de l'abus. L'autorité chargée d'appliquer la loi antimonopole peut porter ces situations à l'attention de l'organe supérieur et proposer des mesures (art. 51). Pour qu'une telle recommandation soit efficace, elle doit émaner d'une autorité compétente en matière de lutte contre les monopoles d'un niveau d'administration publique supérieur à celui de l'entité ayant commis l'abus et qu'elle soit destinée à un supérieur hiérarchique. Lorsqu'un organisme ou un agent public de l'administration publique locale est à l'origine du problème, il est irréaliste d'attendre que l'autorité chargée d'appliquer la Loi antimonopole du même niveau et de la même administration puisse intervenir efficacement contre l'organisme ou l'agent public. Dans les précédentes versions du projet de loi, l'autorité compétente devait être habilitée à ordonner aux instances concernées de corriger leur comportement et elle aurait même pu porter le problème au pénal, ce qui pourrait être judicieux lorsque l'abus est lié à des soumissions concertées, des pots-de-vin et autres faits de corruption. Les mesures administratives auxquelles appelle la Loi antimonopole sont analogues à celles que prévoit déjà la LCD, à ceci près que cette dernière ne permet pas à l'autorité compétente de recommander une action par l'instance supérieure à celle du contrevenant (LCD, art. 30) La LCD autorise des mesures d'application du droit à l'encontre de l'opérateur qui bénéficie d'une initiative officielle non conforme si ce n'est à l'encontre de l'instance administrative elle-même. L'autorité chargée des contrôles et des inspections peut confisquer le revenu illicite d'un « opérateur désigné » qui facture des prix excessifs et elle peut aussi lui imposer une amende représentant deux à trois fois le montant du gain illicite.

## **2.6 Concurrence déloyale et protection des consommateurs**

54. La Loi sur la concurrence déloyale (LCD), adoptée en 1993, aura été la première loi générale chinoise relative à la concurrence. Outre ses dispositions sur les soumissions concertées, les pratiques d'éviction, la discrimination et les ventes liées, elle traite des controverses sur les pratiques déloyales entre entreprises. Elle interdit l'utilisation frauduleuse de marques commerciales, de marques de fabrique, d'emballages et de certificats d'origine ou de qualité, la publicité mensongère, la corruption commerciale, le détournement de secrets commerciaux, le dénigrement de concurrents et les jeux-concours promotionnels (sauf si le prix est inférieur à 5 000 CNY). Les concurrents lésés peuvent engager des poursuites en dommages-intérêts. Des procès ont récemment eu lieu sur des pratiques comme l'imitation de marques commerciales pour Starbucks ou la rétrogradation dans la liste des pages affichées par un moteur de recherche de sites Web. Dans l'affaire de marque commerciale, le tribunal a accordé des dommages-intérêts au plaignant et ordonné au contrevenant de formuler des excuses publiques ; dans l'affaire du site Web, le tribunal n'a pas trouvé de référence juridique autorisée quant aux résultats obtenus par un moteur de recherche et a débouté le plaignant.

55. La mise en œuvre de la loi par l'AEIC et les administrations régionales est importante, en particulier dans les affaires de détournement, de publicité mensongère et de corruption commerciale. Au cours des neuf premiers mois de 2007, l'AEIC et les administrations locales ont enquêté sur 5 000 affaires de corruption commerciale. Les sanctions varient selon les pratiques. Dans la plupart de contraventions aux règles de concurrence loyale, la sanction maximum est une amende de 200 000 CNY, sauf pour les jeux-concours pour lesquels l'amende est de 100 000 CNY. En cas de contrefaçon ou de violation de marques commerciales, le contrevenant peut se voir infliger une amende représentant trois fois le gain illicite et sa licence d'exploitation peut être révoquée. Des sanctions pénales peuvent aussi s'appliquer. Pour la corruption commerciale, le contrevenant est passible d'une amende maximum de 200 000 CNY et sa licence d'exploitation peut être révoquée ; là encore, le droit pénal peut aussi s'appliquer.

56. La Loi de protection des droits et intérêts des consommateurs a également été adoptée en 1993. Elle prévoit la responsabilité objective pour les biens et services défectueux, elle réprime les conditions contractuelles déloyales et prévoit des dommages-intérêts punitifs. Les plaintes individuelles peuvent être

réglées au moyen d'enquêtes administratives de l'AEIC, de la médiation d'organisations de consommateurs, de l'arbitrage ou des procès civils. L'AEIC a mis en place des lignes spéciales d'appel pour formuler les plaintes. Ce système a suscité un déferlement de plaintes : en 2006, le réseau « 12315 » a traité près de 50 millions de requêtes.

### **3. Aspects institutionnels : structures et pratiques d'application du droit**

57. Trois instances, l'Administration d'État pour l'industrie et le commerce (AEIC), la Commission nationale pour le développement et la réforme (CNDR) et le ministère du Commerce, ont été principalement chargées de faire respecter les textes législatifs et réglementaires relatifs à la concurrence. La Loi antimonopole autorise le Conseil des affaires d'État à mettre en place une Commission antimonopole et à habiliter une Autorité antimonopole placée sous la responsabilité du Conseil des affaires d'État avant que la Loi antimonopole n'entre en vigueur en août 2008. Les trois instances continuent de jouer les mêmes missions de mise en œuvre de la Loi antimonopole que celles qu'elles assumaient dans le cadre des textes législatifs et réglementaires antérieurs relatifs à la concurrence.

58. L'AEIC est responsable de nombreux aspects de la surveillance des marchés, comme l'immatriculation des entreprises, la concurrence, la protection des consommateurs, les pratiques commerciales, la publicité et les marques commerciales. Dans l'organigramme de l'administration publique, l'AEIC est directement placée sous l'autorité du Conseil des affaires d'État qui désigne son ministre et ses quatre vice-ministres. L'AEIC a été promue d'un rang vice-ministériel à un rang ministériel en 2001. Le Bureau des pratiques commerciales loyales de l'AEIC est chargé de l'élaboration et de la mise en œuvre des règles, de la réglementation et des orientations pratiques visant à prévenir la formation de monopole et la concurrence déloyale. Elle entreprend en outre des enquêtes sur les affaires de monopolisation, de concurrence déloyale, de contrebande et de vente de produits de contrebande. Le Bureau de lutte contre la concurrence déloyale est chargé des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales et le Bureau de lutte contre les monopoles est responsable des règles relatives aux pratiques restrictives de concurrence. Ces services situés au siège de l'AEIC sont de petite taille, car l'action répressive est confiée à des agents publics à l'échelon local. Les services chargés de l'équité commerciale dans les administrations publiques au niveau des provinces, préfectures et district sont chargés de surveiller les conduites relevant de la LCD et de procéder à des enquêtes à cet égard. À ces niveaux, le nombre d'agents intervenant dans l'exercice des multiples missions de l'AEIC se chiffre en centaines de milliers et plus de 60 000 d'entre eux traitent de dossiers relevant de la LCD.

59. Le ministère du Commerce surveille l'évolution du marché et du commerce international. Ses responsabilités couvrent le contrôle des associations commerciales, la création et le développement des marchés dans les zones rurales et la standardisation des marchés des biens dans les zones urbaines, la réforme de certains secteurs comme la distribution ainsi que le traitement de la coopération commerciale internationale et le règlement des différends. Certaines de ses responsabilités étaient assumées par l'ancien ministère du Commerce extérieur et de la Coopération économiques et par la Commission d'État pour l'économie et le commerce (CEEC), tandis que d'autres relevaient de l'ancienne Commission d'État pour la planification. Les dossiers de politique de la concurrence sont traités par le Département des Traités et lois du ministère du Commerce, qui a mis en place un Bureau d'enquête antimonopole en novembre 2004. La principale fonction d'application du droit de la concurrence du ministère du Commerce a été l'examen des fusions.

60. La CNDR est la principale instance chargée de la politique de développement économique et social sous l'autorité du Conseil des affaires d'État. La CNDR compte 26 services et environ 900 agents. L'ancêtre de la CNDR était la Commission d'État pour la planification créée en 1952, puis rebaptisée Commission d'État pour la planification du développement en 1998, fusionnée avec le Bureau du Conseil des affaires d'État pour la restructuration du système économique et composante de la CEEC en 2003

avant que ces instances ne soient réunies dans ce qui est désormais la CNDR. Le Département de la surveillance des prix de la CNDR administre la Loi sur les prix et les *Dispositions relatives à la fixation de prix de monopole*. Il enquête sur les violations et prend des mesures à cet égard, notamment en cas de non-observation des prix fixés par la voie réglementaire ainsi que dans les cas d'ententes sur les prix, de prix d'exploitation de position dominante et de prix d'éviction. Le Département des prix de la CNDR est responsable des prévisions et de la prospective, de l'étude des coûts des principaux produits agricoles et de la fixation des prix des denrées importantes ainsi que des prix et redevances administrés par le gouvernement central. Il existe aussi des organismes d'administration des prix au niveau des provinces, des villes et des districts.

61. L'organisation institutionnelle de l'application de la Loi antimonopole est définie par le Conseil des affaires d'État. Les projets de Loi antimonopole de 1999 et 2002 envisageaient la création d'un Organisme administratif antimonopole sous l'autorité du Conseil des affaires d'État. Le texte de 2004 a préféré la mise en place d'une « autorité commerciale compétente » sous la responsabilité du ministère du Commerce. Les versions d'avril et juillet 2005 en sont revenues au modèle de 1999 et 2002 et ont proposé la création d'une Autorité antimonopole de rang ministériel dotée de compétences importantes en matière d'enquêtes et de décisions. Néanmoins, le projet de novembre 2005 n'a pas retenu le modèle d'un organisme d'application du droit unique, de rang ministériel ou indépendant. La Loi antimonopole fait référence à « l'autorité conférée par le Conseil des affaires d'État d'exercer des fonctions d'application de la Loi antimonopole » et « l'Autorité d'application de la loi antimonopole sous la responsabilité du Conseil des affaires d'État » (art. 10). Cette formulation plaide en faveur du maintien de la répartition des responsabilités, dans le cadre de laquelle le ministère du Commerce, l'AEIC et la CNDR sont dotés de compétences en matière d'application de certains aspects de la Loi antimonopole. C'est ce qu'a fait le Conseil des affaires d'État. Le ministère du Commerce continue donc de traiter des fusions, la CNDR des ententes et l'AEIC des questions de droit de la concurrence concernant la distribution et l'abus de position dominante ainsi que d'une partie du contrôle des fusions. Quelle que soit sa forme, l'autorité d'application de la Loi antimonopole est un organisme dépendant du Conseil des affaires d'État, donc du gouvernement central.

62. Une Commission antimonopole du Conseil des affaires d'État sera responsable de l'organisation, de la coordination et de l'orientation des travaux consacrés à la lutte contre les monopoles (art. 9). Ses prérogatives et responsabilités couvriront les analyses, la formulation des orientations, les enquêtes et l'évaluation des conditions générales de concurrence, la rédaction et la publication de lignes directrices ainsi que la coordination de l'application de la loi. La création d'une telle commission dotée de missions de coordination de l'application du droit préfigure une division tripartite des missions d'application de la loi, car une Commission de surveillance n'aurait guère de fonctions s'il n'y avait qu'un seul organe d'application de la loi à surveiller. La Commission devra être en mesure de superviser les relations entre les autorités chargées de l'application de la Loi antimonopole et les autorités de tutelle sectorielles dont les missions et les responsabilités affectent la concurrence.

63. L'application de la loi à l'échelon local sera également importante. Les premières versions du projet de Loi antimonopole prévoyaient des antennes provinciales de l'autorité nationale chargée de l'application de la loi. Dans sa version finale, la Loi antimonopole prévoit que, quelle que soit la forme qu'elle prendra, l'autorité chargée de l'application de la loi peut déléguer cette mission à des organes correspondants de l'administration publique du niveau immédiatement inférieur au gouvernement national.

### **3.1 Application du droit de la concurrence**

64. Le chapitre VI de la Loi antimonopole définit des pouvoirs et procédures d'application de la loi. Une enquête sur un accord constitutif de monopole ou sur un abus de position dominante peut être lancée à l'initiative de l'autorité chargée de l'application de la loi ou en réponse à une plainte. L'entreprise

impliquée est en droit d'exposer sa cause et de se défendre elle-même. Si l'entreprise prend l'engagement d'éliminer les effets de sa conduite, l'instance d'application de la loi peut suspendre l'enquête en attendant que les conditions soient remplies. L'autorité veillera à la concrétisation des engagements. Elle peut décider de mettre fin à l'enquête (sans rendre une décision officielle) et elle peut réduire ou annuler les sanctions si les engagements ont été remplis. Elle peut rouvrir une procédure si les parties ne remplissent pas leurs engagements, si la situation motivant la suspension de l'enquête change substantiellement ou si les parties ont soumis des informations incomplètes ou mensongères.

65. Ces pouvoirs d'enquête sont assortis de pouvoirs d'infliger des sanctions financières. La non-communication d'informations ou de documents dans des enquêtes ou la destruction de preuves ou encore l'obstruction à l'enquête sont passibles de peines d'amende. L'amende maximum est de 200 000 CNY pour une entreprise et de 20 000 CNY pour un particulier, bien que dans des affaires graves, l'amende infligée à l'entreprise puisse atteindre 1 million CNY et 100 000 CNY pour un particulier, les entreprises comme les particuliers pouvant voir aussi leur responsabilité pénale engagée (art. 52).

66. Les sanctions pour infraction aux interdictions de fond de la Loi antimonopole comprennent des ordonnances, des amendes et la confiscation des gains tirés de l'infraction. L'amende maximum est égale à 10 % du chiffre d'affaires sur le marché affecté durant l'année la plus récente, le minimum étant fixé à 1 % (art. 46, 47). Les facteurs pris en compte dans la détermination de l'amende comprennent la nature, l'ampleur et la durée de l'infraction (art. 49). Si un accord de restriction ne s'est pas concrétisé, l'amende maximum est de 500 000 CNY (art. 46). Si une partie à un accord de restriction signale l'accord à l'organe d'application de la loi et apporte des éléments de preuve importants, son amende peut être réduite, voir éliminée (art. 46). Cette souplesse vient à l'appui d'un programme de clémence destiné à améliorer la répression des ententes.

67. Les Tribunaux populaires sont habilités à réviser les mesures des autorités d'application de la loi ainsi qu'à attribuer des dédommagements aux parties lésées. La Loi relative aux différends administratifs précise le contexte de la surveillance judiciaire. D'ordinaire, les différends administratifs portant sur des questions juridiques et factuelles dans des domaines comme l'application du droit de la concurrence sont portés à la connaissance des quelque 400 Tribunaux populaires intermédiaires au niveau municipal, un appel pouvant être formé auprès de la juridiction immédiatement supérieure. Avant de faire appel d'une décision approuvant ou bloquant une fusion, il semble nécessaire de demander au préalable un examen administratif du projet. Une demande d'examen administratif peut être formulée sur d'autres questions, mais naturellement sans que cela constitue un préalable pour un appel devant un tribunal (art. 53).

68. Les parties lésées par un accord constitutif de monopole ou par un abus de position dominante peuvent obtenir des dommages-intérêts à l'issue d'un procès civil. La Loi antimonopole n'indique pas si une infraction doit préalablement être établie par l'autorité chargée de l'application du droit avant de pouvoir intenter un procès civil. De même, la LCD autorise des entreprises lésées par des actes de concurrence déloyale à obtenir des dommages-intérêts par la procédure civile. S'il est difficile de démontrer les dommages effectifs découlant de la pratique déloyale, le plaignant peut se voir attribuer les bénéfices tirés de l'infraction par le défendeur (LCD, art. 20). Des dispositions de la Loi relative aux contrats concernant les effets sur la concurrence ont été invoquées dans un différend privé sur l'octroi d'une licence d'exploitation de droits de propriété intellectuelle.

69. Les textes locaux et régionaux couvrent parfois les mêmes questions que les lois nationales. En 1994, le gouvernement local de Pékin a adopté sa propre loi sur la concurrence déloyale peu après la promulgation de la loi nationale et plus d'une vingtaine de gouvernements locaux à Shanghai, Wuhan et ailleurs ont eux aussi adopté des textes législatifs et réglementaires analogues. Les ententes sur les prix sont spécifiquement interdites dans les règlements d'application de la LCD de la province du Guangdong. La Réglementation de la Zone économique spéciale de Hainan sur la concurrence déloyale interdit la

répartition des marchés, le boycott à l'achat ou la vente, les ententes sur les prix, la limitation de la production et les soumissions concertées dans des termes qui sont plus rigoureux que la LCD.

### **3.2 Questions internationales**

70. Le « critère des effets » internationaux est intégré dans la Loi antimonopole. Les interdictions prévues par le texte s'appliquent aux conduites en dehors de Chine qui éliminent ou restreignent la concurrence sur le marché intérieur chinois (art. 2). La plupart des dispositions de la loi s'appliquent de la même façon aux entreprises nationales et étrangères. L'exception dans ce domaine réside dans l'obligation de soumettre à un examen supplémentaire au regard de la sécurité nationale les acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers ainsi que dans d'autres circonstances où la concentration de capitaux étrangers suscite des craintes pour la sécurité nationale (art. 31). Un rapport publié par l'AEIC en 2004 a appelé à l'adoption d'une loi plus rigoureuse dans le domaine de la concurrence pour protéger l'économie nationale contre des stratégies anticoncurrentielles de grandes entreprises étrangères. Ce point de vue a sans doute été encouragé par des avis comme ceux que formulait un document de l'OCDE (OCDE, 2002), selon lequel, en l'absence de droit général de la concurrence, l'économie chinoise était vulnérable à des abus anticoncurrentiels commis par des entreprises étrangères. Si l'autorité chargée d'appliquer la Loi antimonopole estime que des entreprises étrangères présentent des menaces particulièrement graves pour la concurrence, ces entreprises risquent d'être soumises à une surveillance plus étroite de la conformité de leur conduite à la loi.

71. Des accords de coopération ont été conclus avec la Russie en 1996 et le Kazakhstan en 1999. Ces accords préconisent de procéder chaque fois que possible à un échange de renseignements dans les enquêtes sur les monopoles, la concurrence déloyale et les violations des droits des consommateurs. Ces accords désignent l'AEIC comme organisme responsable de la coopération au sein de l'administration publique chinoise.

### **3.3 Ressources, initiatives et priorités implicites**

72. À l'AEIC, la plupart des questions d'application de la LCD portent sur des marques commerciales et les tromperies commerciales. La plupart des affaires de concurrence traitées par l'AEIC ont concerné des mesures de limitation de la concurrence prises par des entreprises de services aux collectivités. De 1995 à 2002, l'AEIC a ainsi traité quelque 3 400 affaires d'abus de la part de telles entreprises, parallèlement à environ 900 affaires de soumissions concertées, 650 affaires de ventes liées, 350 affaires de monopole administratif et 250 de ventes à perte. La CNDR souligne l'impact sur les consommateurs de ses mesures de mise en œuvre de la Loi sur les prix, la plupart des affaires concernant des cas de présentation trompeuse, de facturations de frais injustifiés et de non-observation de prix réglementés plutôt que d'ententes sur les prix ou de prix d'éviction. Une ligne d'appel direct permettant de recueillir les plaintes des consommateurs a été mise en place il y a cinq ans. En 2006, les agents de contrôle des prix ont reçu plus de 500 000 plaintes et enquêté sur 10 % d'entre elles. Les mesures prises par les autorités ont abouti à des remboursements de consommateurs d'un montant total de 190 millions CNY (et à la collecte de 110 millions CNY au profit du Trésor). Les plaintes les plus nombreuses, soit les deux tiers du total en 2006, ont porté sur les prix de services d'enseignement, de transport, de soins de santé, de biens immobiliers et de gestion immobilières ainsi que de services de télécommunications. En ce qui concerne le contrôle des fusions, l'AEIC et le ministère du Commerce disposent chacun d'une demi-douzaine d'agents à leur siège respectif. Le nombre de transactions examinées a été modeste, mais le rythme des examens s'accélère. On ne comptait que neuf notifications en 2004, mais leur nombre a atteint 61 au cours des huit premiers mois de l'année 2006.

#### **4. Les limites de la politique de la concurrence et de sa mise en œuvre**

##### **4.1 Exclusions**

73. La Loi antimonopole ne prévoit pas d'exclusion générale des conduites soumises au contrôle d'autres autorités de tutelle. La LCD, en revanche, s'en remet à d'autres lois ou règlements en cas de conflit. En d'autres termes, pour des actes relevant de lois ou règles et règlements administratifs prévoyant que d'autres services doivent exercer le contrôle, ce sont ces autres dispositions qui s'appliquent plutôt que celles de la LCD (LCD, art. 3). Dans les premières versions du projet de Loi antimonopole, il y avait une disposition comme celle que l'on trouve dans la LCD pour exclure de son champ d'application les conduites relevant d'un contrôle au titre d'autres textes législatifs ou réglementaires. Le projet de Loi antimonopole de 1999 proposait un autre mode de traitement des secteurs dans lesquels des conflits étaient susceptibles de se produire, en fixant une période de transition de cinq ans durant laquelle le droit général de la concurrence ne s'appliquerait pas aux monopoles naturels ou aux entreprises de services aux collectivités comme les services postaux, les chemins de fer, l'électricité, le gaz et l'eau, dès lors que la conduite en cause était permise par les autorités de tutelle concernées rendant compte au Conseil des affaires d'État. Cette idée de transition n'a pas été reprise dans le projet de 2002, ni dans la Loi antimonopole telle qu'elle a finalement été adoptée.

74. Cela étant, la conciliation entre les interdictions générales de la Loi antimonopole et les exigences d'autres programmes de réglementation et orientations des pouvoirs publics est prévue par l'article 7 de la Loi antimonopole. Les diverses traductions officieuses de cet article présentent des différences sur des détails potentiellement importants. L'article prévoit que l'État protégera les activités commerciales légitimes des entreprises de secteur relevant de la sphère publique de l'économie qui sont importantes pour l'économie nationale ou la sécurité nationale et celles qui bénéficient de droits d'exploitation ou de vente exclusive octroyés par la voie légale. Néanmoins, l'article indique aussi que l'État surveillera et contrôlera leurs activités et leurs prix pour protéger les intérêts des consommateurs et pour promouvoir le progrès technologique et que ces entreprises doivent opérer de bonne foi et conformément à la loi en acceptant une surveillance publique et en n'abusant pas de leurs positions d'exclusivité ou de contrôle au préjudice des consommateurs. Cette formulation générale, protégeant les « activités commerciales légitimes » de ces entreprises tout en leur prescrivant de respecter les lois et de ne pas porter préjudice aux consommateurs constitue manifestement un compromis entre politiques industrielles et politique de la concurrence. Il ne semble pas que cet article crée une exclusion de la Loi antimonopole ; il semble plutôt annoncer une indication digne de foi sur la façon dont la Loi antimonopole s'appliquera ou donner des instructions aux entreprises sur les comportements corrects. Il reste à voir dans la pratique quel sera son effet concret.

75. De façon générale, les incohérences alléguées entre les différentes normes juridiques peuvent être résolues par référence à leur hiérarchie. La Loi antimonopole et la LCD, en tant que lois adoptées par l'Assemblée populaire nationale, doivent normalement faire plus autorité que les règlements publiés par le Conseil des affaires d'État, les règles adoptées par les ministères ou commissions ou encore les avis publiés par les autorités locales. L'idée d'une excuse invoquant le « fait du prince » est implicitement rejetée, parce que la Loi antimonopole interdit à un organe administratif d'imposer aux parties de se livrer à des conduites enfreignant cette loi (art. 36).

76. La seule exclusion sectorielle de la Loi antimonopole concerne l'agriculture. La Loi antimonopole ne s'applique pas aux alliances ou actions concertées entre agriculteurs et organisations économiques d'agriculteurs en lien avec la production, la transformation, la vente, le transport et le stockage de produits agricoles (art. 56). Il s'agit d'une exclusion courante destinée à favoriser la coopération entre petits producteurs. La question de savoir si cela entrave la concurrence dépend de l'importance que prennent les organisations coopératives, si elles se livrent à des activités de

transformation à grande échelle de produits finaux et détiennent d'importantes parts de marché dans ce domaine et comment elles menacent les candidats à l'entrée et leurs anciens membres.

#### **4.2 Réglementation sectorielle et politique de la concurrence**

77. Dans le secteur des télécommunications, les règles reconnaissent l'importance de la concurrence. Adoptées en 2000, elles préconisent la séparation des fonctions gouvernementales de la gestion des entreprises, l'interdiction des monopoles, la promotion de la concurrence et la facilitation du développement, de l'ouverture, de la loyauté et de l'équité (Règles relatives aux télécommunications, art. 4) Plusieurs dispositions spécifiques favorisent et protègent la concurrence. Les grandes entreprises de télécommunications ne peuvent pas refuser des demandes de raccordement au réseau. Les prix d'éviction et les subventions croisées non justifiées sont interdits. Les clients peuvent choisir leurs prestataires de service et les ventes forcées sont prohibées. Les règles sont administrées par le ministère de l'Industrie de l'Information et les services correspondants au niveau provincial. La législation relative à ce secteur est encore à l'état de projet.

78. Dans le secteur de l'électricité, les réformes du marché ont commencé vers 1985, en permettant à d'autres parties que l'État d'investir dans la production. La Loi relative à l'électricité, adoptée en décembre 1995, régit l'entrée, l'exploitation et la tarification. La Compagnie chinoise de l'électricité a repris la plupart des actifs de l'instance ministérielle en charge de l'Électricité en 1997, et en 2002, ils ont été répartis entre deux sociétés de transport et cinq groupes de production d'électricité. Cette séparation de la production d'une part et du transport et de la distribution de l'autre est venue satisfaire à un préalable important pour la compétition sur les marchés de gros et de détail. D'importants aspects de la réglementation du fonctionnement du réseau et de la tarification doivent cependant encore être mis au point. Par exemple, le contrôle local du dispatching signifie souvent que la préférence va aux centrales détenues par des intérêts locaux, qui peuvent être plus petites et moins efficaces, alors que de nouvelles centrales plus efficaces et maîtrisant mieux les problèmes de pollution risquent d'être sous-utilisées. La Commission d'État pour la réglementation du secteur de l'électricité, créée en 2002 et les services administratifs compétents au niveau supérieur à celui du district contrôlent et administrent le secteur. La CNDR exerce des fonctions d'orientation, de réglementation et d'administration, comme l'établissement de plans de développement et la délivrance d'autorisations pour des projets. La tarification concurrentielle de l'électricité a été testée à Shanghai et dans cinq autres provinces, mais ce programme pilote couvrait moins de 10 % de l'électricité produite dans ces zones. Jusqu'ici, les investisseurs du secteur bénéficiaient de la sécurité des contrats de vente fondés sur un régime du coût de revient majoré. Les projets de réforme de la tarification pour les particuliers prévoient un mécanisme d'ajustement des prix pour l'utilisateur final destiné à tenir compte du renchérissement des combustibles. Pour le long terme, le système de tarification devrait être encore réformé pour que les prix de l'électricité reflètent pleinement les coûts et donnent des signaux adéquats aux consommateurs et aux investisseurs. La politique de réforme des prix vise à permettre au marché de gros de déterminer les tarifs du côté de la production tandis que les pouvoirs publics assureront la régulation des prix du transport et de la distribution ainsi que des prix relatifs pour les utilisateurs finaux.

79. Les services postaux sont un monopole public régi par la Loi postale de 1986. La distribution du courrier et les services connexes relevant de cette distribution sont des monopoles détenus par des entreprises publiques de services postaux, sauf exceptions décidées par le Conseil des affaires d'État. Le Bureau d'État pour les affaires postales et l'AEIC surveillent et administrent la Loi postale et les services postaux. Ces derniers ont fait l'objet de plusieurs plaintes pour ventes forcées anticoncurrentielles. Les pratiques contestables vont de spécifications qui imposent de fait l'utilisation de matériaux d'emballage vendus par la Poste chinoise et d'enveloppes produites par ses filiales jusqu'à l'obligation faite aux clients d'ouvrir des comptes d'épargne postale ou d'utiliser les services de cartes de débit d'une banque en particulier.

### 4.3 *Monopole administratif et plaidoyer pour la concurrence*

80. Le principal problème de monopole administratif aura résidé dans le protectionnisme régional. Durant la première phase de réforme des années 80, la création et l'expansion rapides des entreprises de bourgs et de villages a entraîné des surcapacités. Les régions et leurs entreprises se sont trouvées en concurrence. Pour protéger leurs entreprises locales en difficulté et préserver les emplois, de nombreuses administrations locales ont dressé des barrières commerciales, comme des postes de douane locaux et ont soutenu des tactiques d'exclusion allant de prix d'exclusion jusqu'à la lacération de pneus. Les obstacles manifestes et les règles de ventes exclusives ont été interdites par la LCD depuis 1993, et l'AEIC a en partie réussi à mettre fin à ces « blocus régionaux ».

81. Cela étant, le protectionnisme anticoncurrentiel régional peut revêtir d'autres formes plus subtiles. Des mesures comme l'imposition de taxes, de normes, d'inspections et d'octroi de licence discriminatoires dressent aussi des obstacles importants au commerce et à la concurrence. Les autorités locales ont parfois bloqué des fusions qui auraient éliminé l'identité indépendante d'entreprises locales ou empêché des entreprises de se retirer d'une activité improductive par le biais d'une faillite ou d'une fusion. En intervenant dans les restructurations pour protéger les intérêts de milieux d'affaires locaux, les gouvernements locaux portent préjudice aux objectifs de promotion de l'efficacité consistant à réduire les surcapacités et réaliser des économies d'échelle. L'interdiction générale prévue par la Loi antimonopole et la liste précise des pratiques prohibées vont étendre le champ d'application de la loi à des abus et obstacles indirects et complexes. L'article 34, interdisant la discrimination en matière de discrimination, peut servir de référence aux autorités chargées d'appliquer la Loi antimonopole pour corriger le protectionnisme des décisions locales en matière de fusions. Sinon, il peut être utile de se doter d'autres moyens pour donner aux autorités compétentes au niveau national la possibilité et les prérogatives d'examiner et d'approuver ou de rejeter des fusions qui sont en deçà des seuils de notification et d'approbation prévus par le chapitre IV.

82. Des observateurs, y compris l'OCDE, ont mis en évidence des lacunes des mesures correctrices prévues par la LCD qui expliquent la persistance des obstacles régionaux. Les responsables de l'application de la loi au niveau local sont des salariés de l'administration publique qui se livrent aux pratiques abusives. Si le responsable local de l'application de la LCD constate une violation du texte, son seul pouvoir est d'en informer un niveau hiérarchiquement supérieur de l'organisme contrevenant. En pareil cas, les entreprises n'ont guère intérêt à porter plainte et le responsable de l'application du droit n'a guère intérêt à réagir aux plaintes qu'il reçoit. Certains régimes transitoires du droit de la concurrence prévoient l'application directe du droit de la concurrence pour empêcher les abus administratifs. Cette prérogative est rarement utilisée en raison des problèmes pratiques et politiques manifestes qu'elle présente, mais elle peut s'avérer précieuse si elle est gardée en réserve. Les mesures correctrices et disciplinaires de l'échelon administratif supérieur, prévues par la LCD et la Loi antimonopole, constituent sans doute les pouvoirs les plus forts qui soient manifestement compatibles avec les principes organisationnels actuels des organes de l'administration publique chinoise. Permettre aux autorités chargées d'appliquer la Loi antimonopole d'entreprendre une enquête et de recommander des mesures leur donne un rôle positif. Le pouvoir de rendre publique la recommandation pourrait contribuer à donner plus d'efficacité au processus.

83. Le rôle des autorités chargées d'appliquer la Loi antimonopole aux termes du chapitre V de cette loi se situe aux limites de l'action de sensibilisation, cherchant à corriger les règles et décisions préjudiciables à la concurrence. L'article 37 interdit les règlements qui éliminent ou restreignent la concurrence et donc permet explicitement à l'autorité compétente d'exprimer des préoccupations concernant des règlements interférant plus que nécessaire avec la concurrence pour atteindre leurs autres objectifs présumés légitimes.

## 5. Le droit et la politique de la concurrence dans la transition vers une économie de marché développée

84. La transition chinoise a commencé par réactiver les structures marchandes traditionnelles dans les campagnes. La petite industrie a été encouragée à s'affranchir du cadre du plan et les entreprises privées ou à capitaux étrangers sont venues contester les entreprises détenues par l'État héritées de l'ère de la planification centrale. Les nouveaux venus, en suscitant l'apparition d'un marché des produits en proie à une concurrence intense, ont été le principal moteur externe du changement dans l'industrie chinoise. Les entreprises détenues par l'État ont été transformées en sociétés pour améliorer leur efficacité ; toutefois, cette transformation n'a fait que déplacer leurs problèmes financiers du budget de l'État vers les banques publiques et il aura fallu une nouvelle restructuration du secteur financier pour faire disparaître les entreprises fantômes. Tandis que ces entreprises se débattaient dans les nouvelles conditions de concurrence, le gouvernement encourageait « l'autodiscipline dans la fixation des prix », manifestement dans le cadre d'une forme de « cartel de crise ». Malgré ces hésitations en cours de route, les réformes ont réussi à remplacer l'économie dirigiste par un marché concurrentiel vigoureux sans provoquer un « big bang » rejetant les entreprises détenues par l'État et l'ensemble des autres institutions héritées de l'économie planifiée.

85. Durant la phase initiale des réformes, le rétablissement de la confiance dans l'intégrité des transactions commerciales aura plus compté que la maximisation de l'efficacité en empêchant les monopoles et les collusions. La première loi sur la concurrence aura donc été la LCD. Sont ensuite venues des lois visant à remédier à des abus manifestes en matière de prix et de soumissions. De même, après une génération de gestion de l'économie par des institutions gouvernementales, les problèmes de monopole administratif ont paru plus graves et plus destructeurs que ceux que posent les monopoles commerciaux. La seconde phase de réforme inaugurée au début des années 90 a permis de mettre en place les institutions financières, juridiques et réglementaires indispensables pour aller vers une économie d'entreprise développée. Les capacités et les qualités de nombre de ces nouvelles lois et institutions de contrôle restent à établir. Le gouvernement d'entreprise et la surveillance par la voie réglementaire étant encore embryonnaires, les principales contraintes et incitations à la discipline s'exerçant sur les dirigeants d'entreprise sont venues de la concurrence sur le marché des produits (d'après une enquête auprès des directeurs généraux d'entreprises chinoises). Si l'on veut que la concurrence discipline les entreprises, il faut que la politique de la concurrence repose sur des fondations juridiques et institutionnelles solides.

86. La Chine est désormais dotée d'une loi générale sur la concurrence, son économie étant parvenue au point où elle doit pouvoir mobiliser tous ses outils pour corriger et dissuader les exclusions abusives, l'exploitation des positions dominantes et la collusion et maîtriser l'apparition de positions de force sur le marché par le biais de regroupements structurels. Le principal apport de la Loi antimonopole à la panoplie législative et réglementaire antérieure réside dans son programme complet de contrôle et de notification des fusions. Cet apport marque un tournant dans le processus de transition. Il y a encore des marges de concentration dans bien des secteurs pour améliorer l'efficacité et réaliser des économies d'échelle. Mais l'examen des fusions aux termes de la Loi antimonopole marquera la reconnaissance de l'importance des gains d'efficacité pour la concurrence et devrait donc permettre les opérations de concentration tout en prévenant et réprimant les abus qui priveraient le grand public des retombées positives de ces opérations. Bine entendu, certains commentateurs de Chine préconisent l'adoption d'une loi sur la concurrence destinée à protéger les entreprises chinoises contre la concurrence étrangère. Cette appréhension explique peut-être pourquoi la Loi antimonopole prévoit un examen des acquisitions par des investisseurs étrangers sous l'angle de la sécurité nationale. Commentant la disposition similaire de la réglementation actuelle sur les fusions, l'OCDE a noté qu'un obstacle supplémentaire comme celle-ci pourrait sensiblement nuire à la stabilité des opérations transnationales de fusion et d'acquisition (OCDE, 2006). On continue d'affirmer au public qu'un durcissement de l'application du droit de la concurrence serait bénéfique à l'économie. Lors du débat sur la Loi antimonopole, certains ont mis en garde contre la tentation d'aller trop loin dans

l'interdiction des ententes sur les prix, car cette pratique peut parfois être nécessaire pour éviter une concurrence suicidaire entre entreprises chinoises, protéger ainsi la sécurité et la santé et empêcher que d'autres pays n'en tirent avantage. Le long débat autour de la Loi antimonopole lui-même montre toute l'importance que revêt l'étape du renforcement de la politique de la concurrence dans le processus de transition. La transparence du processus au cours duquel les rédacteurs du texte et les législateurs ont fait bon accueil aux commentaires du public et d'experts de Chine ou d'ailleurs a donné beaucoup à apprendre au monde quant à l'évolution du régime de gouvernance de la Chine ainsi que de son économie de marché.

87. Des problèmes de développement – investissement, institutions et sécurité sociale – se substituent aux problèmes de la transition du plan au marché, maintenant que le marché est redevenu le pilier de l'économie. La Chine fait désormais face aux mêmes problèmes que de nombreux autres pays pour intensifier la concurrence dans des secteurs comme les infrastructures, la finance et les matières premières, à savoir des problèmes de réforme de la réglementation. L'existence d'une vigoureuse politique de la concurrence peut aider la Chine à atteindre ses objectifs de développement en réorientant les rivalités de la recherche de rentes et de privilèges vers des batailles pour l'efficacité et l'innovation.

88. Les monographies de l'OCDE sur l'économie et le processus de réglementation de la Chine ont souligné l'importance du renforcement de la politique de la concurrence (OCDE, 2002 ; OCDE, 2005). Ces monographies ont analysé les conditions régnant sur les marchés chinois afin de montrer pourquoi certains indicateurs de l'état de la concurrence pouvaient masquer des problèmes. Lorsque la structure de l'économie continue de refléter l'ancien objectif d'autosuffisance locale ou lorsque des barrières locales ont entravé le développement de marchés nationaux, les ratios de concentration nationale ont tendance à sous-estimer la concentration sur les marchés pertinents. Certains de ces marchés présentent des problèmes structurels. Dans nombre de zones autrefois dominées par l'économie étatique, une intégration verticale excessive, due en partie aux coûts élevés d'exécution des contrats, freine l'efficacité et décourage l'entrée. Certains secteurs industriels importants – notamment la transformation de pétrole, la métallurgie ferreuse et non ferreuse, les transports et la chimie de base – ont été relativement fermés à la concurrence. Les monographies notent qu'une structure de marché présentant une faible concentration nationale et reposant sur de nombreuses entreprises régionales opérant en deçà de l'échelle minimum d'efficacité a d'importantes répercussions sur la politique de la concurrence. Les distorsions du marché, comme le manque de contraintes budgétaires, le protectionnisme régional et les obstacles à la sortie qui portent préjudice aux objectifs d'efficacité de la concurrence peuvent néanmoins susciter une rivalité intense, voire une « concurrence destructive » faisant descendre les prix en dessous du coût marginal. Les collusions destinées à mettre fin à ces guerres des prix se défont généralement rapidement. Plus les réformes se traduiront par un durcissement des contraintes budgétaires et faciliteront les sorties, plus le mouvement de concentration destiné à améliorer l'efficacité va réduire les surcapacités mais aussi accroître la concentration sectorielle. Ces conditions devraient faciliter la coordination d'oligopoles et même des collusions non publiques plus durables, ce qui doit d'autant inciter la Chine à se doter d'une loi générale efficace sur la concurrence.

89. Les monographies de l'OCDE ont mis en exergue trois démarches importantes que la Chine devrait suivre pour donner plus d'efficacité à sa politique de la concurrence. En promulguant une loi générale sur la concurrence, la Chine a déjà effectué la première de ces démarches. La Loi antimonopole intègre en effet les concepts communs aux lois modernes sur la concurrence que l'on trouve à l'échelle mondiale. Les priorités et moyens d'application de ces principes communs varient cependant souvent, en fonction de différences de traditions juridiques et politiques ainsi que de situations économiques et de stades de développement. Ainsi, un rapport (OCDE, 2002) relève que pour des économies concurrentielles développées, les grandes priorités de la mise en œuvre du droit portent sur les ententes et les fusions anticoncurrentielles, alors que de nombreux pays en transition se concentrent sur la démonopolisation. Dans la situation de la Chine en 2002, la priorité n°1 consistait à empêcher les pratiques d'exclusion. La mise en œuvre des principes communs peut également varier, car les différences de conditions

économiques expliquent les choix différents concernant des « méthodes empiriques » comme les règles *per se* et les critères de parts de marché.

90. La structure et l'évolution des institutions chargées de faire appliquer la loi dépendent des différences de traditions politiques et de systèmes juridiques qui peuvent refléter des différences concernant d'autres valeurs que l'efficacité économique. Dans la plupart des juridictions, au sein de l'OCDE et ailleurs, les dispositions essentielles relatives à la concurrence sont mises en œuvre par un seul et même organisme. En Chine, trois organismes appliquaient les lois antérieures et l'autorité de lutte contre les monopoles créée aux termes de la Loi antimonopole comprend les mêmes trois composantes, puisque l'AEIC, la CNDR et le ministère du Commerce sont désignés comme les autorités chargées d'appliquer le droit en ce qui concerne leurs fonctions particulières. En principe, l'existence d'une autorité unificatrice encourage la cohérence de la politique alors que la division des responsabilités entre différentes autorités est source d'inefficacité. Par exemple, les compétences acquises à propos d'un marché à l'occasion du traitement d'une entente sur les prix sur ce même marché ne seront normalement pas immédiatement à la disposition d'un autre organisme traitant d'une fusion sur les mêmes marchés. L'expérience d'autres pays dotés de multiples organismes d'application du droit montre que les inefficacités, bien que réelles, ne sont pas insurmontables. On peut encourager le partage de compétences par le détachement ou la rotation des experts. De même, la cohérence de la politique peut découler d'échanges de hauts fonctionnaires. En tout état de cause, les structures institutionnelles intègrent souvent des choix politiques qui sont ressortis d'un long débat politique et qui peuvent donc être particulièrement imperméables au changement.

91. L'indépendance et la transparence comptent plus que l'intégration institutionnelle pour l'efficacité de l'application du droit. Aucun des trois organismes chargés de la mise en œuvre des différents aspects du droit de la concurrence n'est structurellement indépendant du gouvernement. Une indépendance complète serait cependant difficile à concevoir dans le système chinois de gouvernement. La transparence des processus et décisions sera donc importante pour montrer qu'ils reposent sur des principes généraux sains et non pas sur des négociations entre intérêts rivaux. La propriété publique des entreprises reste importante en Chine de sorte que la politique de la concurrence doit minimiser les distorsions sur le marché qui accompagnent normalement ce régime de propriété, comme le manque de contraintes budgétaires et les opportunités et incitations à accorder des traitements préférentiels. La meilleure assurance de la neutralité concurrentielle du traitement des entreprises détenues par l'État est de maintenir l'indépendance de l'application de la Loi antimonopole vis-à-vis des missions de politique et de promotion industrielles. Le fait de se doter de plusieurs leviers institutionnels pour faire appliquer le droit, avec des champs d'action et des priorités différents, peut aussi réduire le risque que sa mise en œuvre ne poursuive des objectifs disparates.

92. La deuxième démarche recommandée par l'OCDE (OCDE, 2002) pour conférer plus d'efficacité à la politique de la concurrence consiste à aborder la réglementation des monopoles sur les infrastructures par la politique de la concurrence, de façon à introduire une concurrence efficace sur le marché chaque fois que possible et améliorer la réglementation administrative lorsqu'elle demeure nécessaire. Des principes de réglementation proconcurrentielle ont été tirés des expériences des pays de l'OCDE et d'économies en développement. Ce document et d'autres monographies ont aussi formulé des commentaires analytiques et des recommandations sur la politique chinoise dans les secteurs de l'électricité, du gaz naturel, des télécommunications et des chemins de fer. La Chine est en train d'appliquer cette approche dans plusieurs secteurs des infrastructures, notamment l'électricité et les télécommunications.

#### Encadré 5. Quelques démarches d'une réforme proconcurrentielle des infrastructures

- Définir les frontières entre ce qui relève des activités commerciales et de l'État, ainsi que les rôles respectifs des acteurs, à savoir, mener leurs activités, dans le cas des entreprises commerciales, et réglementer, dans celui de l'État. La concurrence souffre de l'absence de division claire entre ce qui relève de l'État et de l'activité commerciale, parce que les concurrents potentiels des entreprises détenues par l'État, redoutant une concurrence faussée, hésitent à entrer sur le marché. En outre, la séparation signifie que les décisions publiques doivent être explicites pour que les opérateurs commerciaux puissent les appliquer.
- Mettre en place des institutions réglementaires publiques jouissant des pouvoirs et ressources requises pour réglementer les entreprises commerciales du secteur des infrastructures de façon à s'assurer qu'elles fonctionnent de manière efficiente et réalisent d'autres objectifs réglementaires. Ces institutions se serviront de la réglementation pour créer des incitations pour les entités commerciales. Elles pourront réduire les obstacles réglementaires, favoriser l'entrée de nouveaux opérateurs et l'investissement et accélérer le développement de la concurrence. Elles pourront garantir un accès efficace et équitable à des installations essentielles. Elles pourront également garantir une réglementation prévisible. Le bon fonctionnement du marché passe par la création d'autorités réglementaires dont les décisions soient neutres, transparentes, indépendantes de toute influence politique dans la gestion au jour le jour.
- Mettre en place des systèmes de gouvernement d'entreprise pour garantir un contrôle adéquat et des incitations pour les entreprises commerciales des secteurs des infrastructures.
- Recourir aux principes de politique de la concurrence pour spécifier la structure des secteurs et les réglementations applicables à ces secteurs afin que ceux-ci soient efficaces et répondent aux objectifs du service universel.

Source : OCDE (2002)

93. La troisième démarche constitue le grand enjeu de l'avenir : adopter et mettre en œuvre une véritable politique nationale de la concurrence. À la base du programme chinois de réforme visant à instaurer une politique socialiste de marché se trouve une forte politique implicite de la concurrence visant à réduire les obstacles à l'entrée et à promouvoir les marchés. Maintenant que la transition vers une économie d'entreprise est parvenue à maturité et que les principales structures institutionnelles sont en place, la Chine pourrait tirer avantage d'une politique de la concurrence plus explicite. Un élément central d'une politique nationale de la concurrence pourrait résider dans un système de révision des lois et dispositifs qui affectent les comportements sur le marché, de façon à repérer et corriger les contraintes pour l'activité des entreprises qui sont plus rigoureuses que nécessaire pour corriger les défaillances du marché ou pour atteindre d'autres objectifs des pouvoirs publics. L'OCDE a élaboré une grille d'analyse pour un tel programme. L'instrument d'évaluation de l'impact sur la concurrence de l'OCDE apporte une méthodologie générale. Dans ce cadre, on commence par recourir à une Liste de référence en vue de filtrer les textes législatifs et réglementaires susceptibles de restreindre suffisamment la concurrence pour mériter une analyse approfondie. Une véritable politique de la concurrence doit s'appliquer aux projets de loi et de règlement au fil de leur élaboration ainsi qu'aux textes législatifs et réglementaires en vigueur. Le gouvernement central doit prendre l'initiative de l'élaboration et de la mise en œuvre d'une telle démarche au niveau national. La réglementation au niveau régional et local est cependant également importante et peut même constituer une source plus grave de distorsions du marché. La démarche doit aussi être appliquée à ces niveaux de l'administration publique, en suivant les orientations données par le gouvernement central. Le but d'une politique nationale de la concurrence n'est pas d'élever la concurrence à un rang supérieur à l'ensemble des autres priorités économiques et sociales. En revanche, en se demandant si des textes législatifs ou réglementaires interfèrent avec l'entreprise et l'initiative plus que nécessaire pour atteindre les objectifs de l'action publique, une politique nationale de la concurrence doit détecter et corriger les règles qui pèsent sur la concurrence et la croissance.

## BIBLIOGRAPHIE

- APEC (2007), APEC Competition Policy & Law Database, <http://www.ftc.gov.tw/EnglishWeb/English.html>.
- Bush, Nathan (2007), « The PRC Antimonopoly law: Unanswered questions and challenges ahead », *The Antitrust Source*, American Bar Association, [www.antitrustsource.com](http://www.antitrustsource.com), octobre.
- Fairbank, John K. & Merle Goldman (2006), *China: A New History*, Harvard University Press, Cambridge.
- Fox, Eleanor (2007), « An Anti-monopoly law for China – Scaling the walls of protectionist government restraints », *Antitrust Law Journal* (à paraître).
- AIE (2007), *World Energy Outlook*, AIE, Paris.
- Lin Ping (2005), « People's Republic of China », in Douglas H. Brooks & Simon J. Evenett, eds., *Competition Policy and Development in Asia*, Palgrave-MacMillan, pp. 71-106.
- Lo, Carlos Wing-Hung, « Socialist Legal Theory in Deng Xiaoping's China », *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 11, no. 2, pp. 469-486.
- Maddison, Angus (2007), *L'économie chinoise – Une perspective historique*, 2<sup>e</sup> édition revue et mise à jour, 960-2030 AD, OCDE, Paris.
- Naughton, Barry (2007), *The Chinese Economy: Transition and Growth*, MIT Press, Cambridge.
- NDRC (2007), « Analysis of Price Complaints across the Country in 2006 », NDRC, Beijing, [http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/t20070531\\_138755.htm](http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/t20070531_138755.htm) (en chinois).
- OCDE (2002), *Railway Reform in China: Promoting Competition*, OCDE, Paris.
- OCDE (2002), *La Chine dans l'économie mondiale : Les enjeux de politique économique intérieure*, OCDE, Paris.
- OCDE (2005), *La gouvernance en Chine*, OCDE, Paris.
- OCDE (2006), *Examens de l'OCDE des politiques de l'investissement : Chine 2006: Politiques ouvertes envers les fusions et acquisitions*, OCDE, Paris.
- Owen, Bruce *et al.* (2004, version révisée de 2006), « Antitrust in China: The Problem of Incentive Compatibility », AEI-Brooking Joint Center for Regulatory Studies, <http://aei-brookings.org/admin/authorpdfs/redirect-safely.php?fname=../pdffiles/php7d.pdf>

- Owen, Bruce, Sun Su & Wentong Zheng (2007), « China's competition policy reforms: the Antimonopoly Law and beyond », John M. Olin Program in Law and Economics Stanford Law School, Working Paper n° 339, avril, <http://ssrn.com/abstract=978810>.
- SAIC Fair Trading Bureau and CASS International Law Centre (2007), *Selected Anti-monopoly Cases and the Investigation and Analysis of Chinese Administrative Anti-monopoly Enforcement (Fanlongduan Dianxing Anli ji Zhongguo Fanlongduan Zhifa Diaocha)*, Law Press, Beijing.
- Starr, John B. (2001), *Understanding China: a guide to China's economy, history, and political structure*, Hill and Wang, New York.
- Su Hua (2007), « Competition Law and Policy in a Transitional China: Transplantation and Localisation », Thèse de doctorat, Queen Mary University of London, Londres.
- Wang Xiaoye (2002), « The Prospect of Antimonopoly Legislation in China », Washington University. *Global Studies Law Review*, vol. 1, pp. 201-232.
- Wang Xiaoye (2004), « Issues Surrounding The Drafting of China's Anti-Monopoly Law », Washington University. *Global Studies Law Review*, vol. 3, p. 285.
- Wang Xiaoye (2004b), « Zur Kodifizierung des chinesischen Antimonopolrechts », *Zeitschrift für Chinesisches Recht*, vol. 2/2004, p. 91.
- Wu Qianlan (2007), « The Making of a Market Economy in China: Transformation of Government Regulation of Market Development », *European Law Journal*, vol. 13, no. 6, pp. 750-771.
- Xinzhu Zhang and Vanessa Yanhua Zhang (2007), « The Antimonopoly Law in China: Where do we Stand? », *Competition Policy International*, vol. 3, n° 2, p. 185.