

REVUE DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES

INTERNATIONAL BUSINESS LAW JOURNAL

n° 2 - 2008

SOMMAIRE - CONTENTS

ARTICLES

Marina MATOUSEKOVA	Les réponses du droit international privé à la faillite des groupes internationaux de sociétés : analyse comparative des jurisprudences française et anglaise 141 Private International Law Answers to the Insolvency of Cross Border Groups: Comparative Analysis of French and English Case Law 141	141
Abdolhossein SHIRAVI	The Legal and Regulatory Framework for BOT Projects in Iran 165 Cadre juridique et réglementaire d'un BOT en Iran..... 165	165
Guillaume ROUGIER-BRIERRE Arnaud LUNEL	La nouvelle Loi Anti-Monopole chinoise : vers un nouveau droit de la concurrence 185 China's New Anti-Monopoly Law: Towards a New Competition Regime 185	185

ACTUALITÉS

DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DE LA CONCURRENCE/INTERNATIONAL TRADE AND COMPETITION LAW

JONGHO KIM	Can We Put New Wine in Old Bottles? The Highly Innovative Mobile Communications Market and Regulatory Rules..... 207	207
Vincent BOUHIER	Chronique de droit du commerce international 226	226

ÉMERGENCE D'UN DROIT INTERNATIONAL/RÉGIONAL DES AFFAIRES/EMERGENCE OF AN INTERNATIONAL/REGIONAL BUSINESS LAW

Franco FERRARI	La Loi applicable aux contrats conclus par les consommateurs (Article 5 de la Convention de Rome)..... 234	234
----------------	--	-----

DROIT ET PRATIQUE DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX/INTERNATIONAL INVESTMENTS LAW AND PRACTICE

Ferhat HORCHANI Walid BEN HAMIDA	Chronique de la période du 1 ^{er} mai au 31 août 2007 (Fin de la 2 ^e partie) 263	263
-------------------------------------	--	-----

ARBITRAGE INTERNATIONAL ET AUTRES MODES DE RÉGLEMENT DES CONFLITS/INTERNATIONAL ARBITRATION AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Christophe IMHOOS	Les « Brèves » 271	271
-------------------	--------------------------	-----

LA NOUVELLE LOI ANTI-MONOPOLE CHINOISE : VERS UN NOUVEAU DROIT DE LA CONCURRENCE

CHINA'S NEW ANTI-MONOPOLY LAW: TOWARDS A NEW COMPETITION REGIME

Guillaume ROUGIER-BRIERRE * et Arnaud LUNEL *

Quinze ans : c'est la durée qui sépare la proposition initiale de la Commission européenne visant à instaurer un contrôle des concentrations au niveau communautaire, le 18 juillet 1973, de l'adoption du premier Règlement du Conseil permettant « un contrôle effectif de toutes les opérations de concentration en fonction de leur effet sur la structure de concurrence dans la Communauté »¹.

Quinze ans, encore : c'est aussi le temps écoulé de l'entrée en vigueur de ce Règlement à la dernière grande modernisation du régime de contrôle des concentrations en janvier 2004². Quinze années au cours desquelles le système s'est considérablement affiné : renforcement de l'analyse économique par l'intégration de nouveaux outils statistiques et théoriques, clarification des concepts-clés (notion de concentration, de marché, de mesure correctrice, critères d'appréciation...). Quinze années marquées aussi par des crises du système, telle la série de décisions rendues en 2002 par le Tribunal de première instance des Communautés européennes³, provoquant une réflexion approfondie sur les réformes à mener, et permettant ainsi d'identifier et d'analyser les failles du travail de la Commission. Ces quinze années ont rendu possible une maturation du régime communautaire et l'acquisition d'expérience par les autorités, les praticiens et les entreprises, au travers des nombreuses lignes directrices, communications, décisions de la Commission, sous le contrôle du juge communautaire.

Quinze ans, enfin : c'est la durée de gestation de la Loi Anti-Monopole de la République Populaire de Chine

Fifteen years elapsed between the European Commission's initial proposal to set up a merger control process at the Community level, on July 18, 1973, and the adoption of the first EEC Council Regulation establishing "effective monitoring of all concentrations from the point of view of their effect on the structure of competition in the Community".

Fifteen years also elapsed between the date on which the Regulation came into effect and the most recent significant reform of the merger control system in January 2004. Over those fifteen years, the system became considerably more sophisticated: economic analysis intensified through the integration of new statistical and theoretical tools, and key notions were clarified (the concepts of concentration, market, merger remedies, evaluation criteria...). Those fifteen years were also marked by systemic crises, such as the series of decisions taken by the European Court of First Instance in 2002, which led to consideration of necessary changes, and thereby helped identify and analyze weaknesses in the Commission's work. Those fifteen years allowed the European system to mature and authorities, practitioners and companies to acquire experience through a number of Commission guidelines, communications and decisions, under the control of the European judiciary.

Finally, it has taken fifteen years for the Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China (hereinafter

* Gide Loyrette Nouel, Beijing.

the “Law”) to emerge, from initial initiatives to the adoption of the Law by the National People’s Congress on August 30, 2007, and its implementation on August 1, 2008. In light of the European precedent, such a time span should not come as a surprise, nor should observers expect a fully-functional piece of legislation. This text, which is the result of numerous compromises, is meant to embody the very essence of a market economy in a “socialist market economy” which, by any standard, still remains largely subject to State control.

The new text deals both with all aspects of market behaviours (cartels, abuses of dominant position, administrative authorities’ anticompetitive abuses) as well as with structural changes (merger control). Legal provisions already cover each of these areas. They are, however, scattered between legislation of varying clout, implemented by several different authorities, and are sometimes ignored in practice. As behaviour control remains a rather new field at this stage, the Law is unlikely to revolutionize this domain in the short run: no practice is established yet, and there will most likely be a rather long implementation period before the new provisions effectively take shape. Conversely, merger control has surfaced as a very active field over the last few years, and is thus a prime topic of interest in the context of the new Law. Most of the following developments will be devoted to this theme.

The Law is, by all means, an important event in the ongoing development of China’s competition law. However, it is only a general framework, within which implementing rules and practices will be elaborated. As a complex compromise between the different viewpoints and the often diverging agendas of competing authorities, this new text largely draws on existing provisions, and grants the future Anti-Monopoly Law Enforcement Authority(ies) (hereinafter “ALEA”) – the composition of which presently remains uncertain – wide powers of interpretation.

Will it require another fifteen years for a mature merger control regime, equivalent to America’s or Europe’s, to develop in China? The Law does not change the foundations of the current regime profoundly. It does, however, formally set out, in a text of prime importance in the Chinese hierarchy of norms, a number of trends observed over the past few years by competition law practitioners and

(ci-après la « Loi »), des premières réflexions jusqu’à l’adoption de la Loi par l’Assemblée Nationale Populaire le 30 août 2007, et son entrée en vigueur le 1^{er} août prochain. Au vu du précédent européen, on ne saurait donc s’étonner du temps pris pour l’élaboration de la Loi, non plus que s’attendre à un texte totalement abouti, et ce, d’autant qu’il s’agit de traduire, au prix de nombreux compromis, l’essence même d’une économie de marché dans une économie encore administrée, fut-elle désormais décrétée « socialiste de marché ».

Le nouveau texte traite à la fois de l’ensemble des comportements sur les marchés (pratiques concertées, abus de position dominante, abus anticoncurrentiels d’autorité administrative) et des changements de structure (contrôle des concentrations). Si des dispositions règlementaires existent déjà dans chacun de ces domaines, elles figurent dans des textes d’importance variable, administrés par des autorités diverses, et parfois quasiment ignorés en pratique. Dans la mesure où le contrôle des comportements reste à ce stade à l’état embryonnaire, la Loi est peu susceptible d’apporter en cette matière des changements à court terme, puisqu’aucune pratique n’est réellement établie et qu’il faudra sans doute une période de mise en œuvre assez longue avant que les nouvelles dispositions ne prennent véritablement forme. C’est donc le domaine du contrôle des concentrations, qui a émergé de façon significative ces dernières années, qui doit retenir l’attention en première analyse et qui constitue le cœur de cette étude.

La Loi constitue de toute évidence une étape importante dans le développement du droit chinois de la concurrence. Elle ne fait cependant que dessiner un cadre général dans lequel viendront s’inscrire les textes d’application et les pratiques : compromis complexe entre les points de vue et les objectifs souvent divergents d’autorités administratives concurrentes, ce nouveau texte reprend largement des dispositions existantes, et concède un large pouvoir d’appréciation à la ou aux future(s) Autorité(s) Exécutive(s) Anti-Monopole (ci-après « AEAM »), dont la composition reste à ce jour l’objet d’interrogations.

Faudra-t-il quinze ans de plus pour voire émerger en Chine un régime de contrôle des concentrations équivalent à celui des États-Unis ou de l’Europe ? Si la Loi ne bouleverse pas les prémisses du régime actuel, elle intègre néanmoins de façon formelle, et dans un texte de tout premier ordre dans la hiérarchie chinoise des normes, les évolutions constatées ces dernières années par les praticiens du droit de la

concurrence et élargit son champ d'application aux opérations réalisées par des acteurs locaux et non plus seulement par des investisseurs étrangers. De surcroît, l'AEAM pourra s'appuyer, au moins dans une certaine mesure, sur l'expérience accumulée par les autorités de la concurrence des pays occidentaux, notamment sur le système communautaire, source d'inspiration précieuse qui influence largement la réforme en cours⁴ et dont les précédents peuvent parfois utilement orienter les décisions actuelles. Il est donc possible de parier avec une certitude raisonnable sur une maturation rapide du contrôle des concentrations en Chine, au travers d'un phénomène de rattrapage et d'uniformisation des pratiques sur la base de l'acquis communautaire. Encore faudra-t-il cependant que les conditions politiques et techniques nécessaires soient réunies.

I. DE L'INTRODUCTION DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS À LA NOUVELLE LOI

C'est en 2003 que la Chine s'est dotée d'un véritable régime de contrôle des concentrations, à l'occasion de l'adoption du Règlement Provisoire sur les Fusions et Acquisitions d'Entreprises Domestiques par des Investisseurs Étrangers⁵ (ci-après le « Règlement Provisoire »), dont les dispositions furent largement reprises par un règlement définitif du 8 août 2006 (ci-après le « Règlement »)⁶.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi, le contrôle des concentrations reste donc régi par les dispositions du Règlement. Si ce régime a vocation à disparaître l'été prochain, il n'est cependant pas inutile d'en rappeler les principales caractéristiques afin de mettre en lumière les apports de la Loi (A). Par ailleurs, alors même que le cadre textuel restait inchangé, la pratique des autorités chinoises a sensiblement évolué ces cinq dernières années : ces mutations sont, à ce jour, le meilleur outil d'interprétation de la nouvelle Loi et de la signification de la réforme (B).

A. Le régime actuel de contrôle des concentrations

Le cadre juridique chinois de contrôle des concentrations se caractérise d'abord par une concision confinante à l'indigence. Le droit antitrust chinois tient aujourd'hui en quatre articles⁷, complétés depuis quelques mois seulement par des lignes directrices (ci-après les « Lignes Directrices ») publiées par le Bureau Anti-Monopole du Ministère du

expands its application to transactions carried out by domestic investors, in addition to foreign investors' acquisitions. Moreover, the ALEA will be able to rely, to a certain extent, on the experience accumulated by competition authorities in western jurisdictions, particularly in the European Union, the laws of which were a key source for and significant influence on, the current reform and whose precedents may sometimes usefully serve as a decision-making guide. It is thus possible to forecast, with a reasonable level of confidence, that merger control in China will rapidly mature, thanks to a catch-up and practice-standardization process inspired by the European experience. Certain political and technical prerequisites will, however, need to be met for such a convergence to take place.

I. FROM THE INTRODUCTION OF MERGER CONTROL TO THE NEW LAW

China instituted its first merger control system in 2003 with the adoption of the Tentative Provisions on Mergers and Acquisition of Domestic Enterprises by Foreign Investors (hereinafter the "Tentative Provisions"). This regime was maintained in the permanent rules adopted on August 8, 2006 (hereinafter the "Provisions").

Until the Law comes into effect, merger control will continue to be governed by the Provisions. Even though this regime will be withdrawn next summer, it is useful to recall its main characteristics in order to highlight changes in the Law (A). Additionally, even though the legal framework has remained largely unchanged over the last five years, the practice of Chinese authorities has evolved over the same period: these mutations currently stand out as the most effective way to interpret the Law and the reform's implications (B).

A. The Current Merger Control Regime

The conciseness of China's merger control legal framework borders on vacuity. China's current concentration review process only has four articles, supplemented just a few months ago by guidelines (hereinafter the "Guidelines") published by the Ministry of Commerce's Anti-Monopoly Office. The

Guidelines mostly deal with practical matters relating to the content of notifications and the review process, but contribute little to the development of theory and concepts.

Despite its basic textual framework, the Chinese system is rather burdensome in terms of documentary and procedural requirements. Article 3 of the Guidelines lists the information to be included in a notification. The list is similar to that of the CO form for notifications before the European Commission, and even exceeds the European requirements on certain items. Additionally, the Provisions require that a notification be submitted both to the Ministry of Commerce (hereinafter "MOFCOM") and the State Administration for Industry and Commerce (hereinafter "AIC"). Competition policy in China is administered by three different and often competing authorities: MOFCOM, whose primary function is to approve foreign investment projects and to regulate international trade, and plays a key role in the field of merger control; the AIC, China's version of a companies' registrar, which exercises wide powers in suppressing monopolistic practices (e.g. predatory pricing, tying, bid rigging); and the National Development and Reform Commission (hereinafter the "NDRC"), the powerful heir to the Planning Commission in charge of verifying industrial projects and macroeconomic regulation, and whose involvement in suppressing collusion and price manipulation is growing stronger. Of the three, MOFCOM is the authority most frequently involved with foreign investors and mergers and acquisitions. It is therefore unsurprising that it occupies a leading position in terms of merger control, all the more so since domestic investors are currently exempted. The sharing of functions between MOFCOM and AIC leads to inter-agency rivalries, particularly in the context of the new Law's implementation.

The current regime is discriminatory on two levels. First, as indicated by their names, the Tentative Provisions and the Provisions only apply to acquisitions carried out by foreign investors. Domestic investors, on the other hand, are currently exempted from notification requirements. Additionally, the Provisions distinguish between "on-shore" acquisitions (direct transfer of participation in a Chinese

Commerce⁸, qui traitent principalement de questions pratiques relatives au contenu et à la procédure de notification, sans apport conceptuel appréciable.

Malgré cette extrême simplicité textuelle, le régime chinois n'en est pas moins complexe en termes d'exigences documentaire et procédurale. L'article 3 des Lignes Directrices fournit une liste de l'ensemble des informations devant être soumises lors d'une notification, qui n'est pas sans rappeler le formulaire CO applicable aux notifications devant la Commission européenne⁹ et, sur certains points, va même au-delà des exigences communautaires. De surcroît, le Règlement impose le dépôt d'une notification à la fois auprès du Ministère du Commerce (ci-après « MOFCOM ») et de l'Administration Nationale de l'Industrie et du Commerce (ci-après « AIC »). Il faut en effet souligner que la mise en œuvre de la politique de concurrence relève en Chine de trois autorités distinctes et souvent concurrentes : le MOFCOM, dont la fonction première est l'approbation des investissements étrangers et la régulation du commerce international, et qui joue un rôle central en matière de contrôle des concentrations ; l'AIC, équivalent chinois d'un registre des sociétés, disposant de pouvoirs étendus en matière de lutte contre certaines pratiques anticoncurrentielles¹⁰ (ventes à perte, ventes liées, collusion) ; et enfin la Commission Nationale du Développement et de la Réforme (ci-après « DRC »), puissant héritier de la Commission de Planification, en charge de la vérification des projets industriels et de la régulation macro-économique, dont le rôle dans la répression des ententes et des manipulations de prix va croissant¹¹. Des trois autorités, la plus exposée aux investisseurs étrangers et aux opérations de fusion-acquisition est le MOFCOM¹² – rien d'étonnant, donc, à ce que celui-ci occupe le premier rôle en matière de contrôle des concentrations, notamment dans la mesure où les investisseurs domestiques sont à ce jour exemptés. Cependant, l'existence d'une compétence partagée avec l'AIC ouvre la voie à des rivalités inter-administrations, notamment dans le cadre de la mise en œuvre de la nouvelle Loi.

Le régime actuel est, par ailleurs, discriminatoire, et ce à deux niveaux. En premier lieu, comme l'indique leur intitulé, le Règlement Provisoire et le Règlement ne trouvent à s'appliquer qu'en cas d'acquisition réalisée par des investisseurs étrangers. Ces derniers sont donc seuls tenus, à ce jour, de notifier leurs opérations, les investisseurs chinois¹³ échappant à cette obligation. De surcroît, le Règlement distingue les acquisitions « *on-shore* » (transfert direct de

participation dans une société chinoise) des acquisitions « *off-shore* »¹⁴, cette distinction entraînant deux conséquences. D'abord, chaque type d'opération est soumis à des seuils de notification différents, et à une procédure différente¹⁵. Ensuite, et ce point est particulièrement sensible, en cas d'acquisition « *on-shore* », les concurrents locaux peuvent solliciter des autorités qu'elles exigent la soumission d'une notification, alors même que les seuils ne seraient pas atteints¹⁶. Ainsi, lors de l'acquisition par SEB d'une participation au capital du groupe chinois Sopor en août 2006, plusieurs fabricants chinois d'ustensiles ménagers, menés par le groupe concurrent ASD, se sont rapprochés des autorités afin de déclencher une procédure antitrust et tenter de contrarier l'acquisition. Soutenue par une partie de l'opinion publique et des médias, sur fond de patriotisme économique, cette initiative a retardé la mise en œuvre de la stratégie de développement du groupe français.

Comme son caractère discriminatoire peut le laisser présumer, le régime actuel relève d'une logique largement administrative plutôt qu'économique. Ainsi, l'acquisition d'une holding *off-shore* détenant des participations en Chine est soumise à une procédure différente de celle applicable à l'acquisition directe des participations, alors même que la substance économique de ces deux opérations est identique. De même, les seuils de notification n'ont qu'une pertinence économique limitée. Il suffit ainsi qu'une seule des parties à l'opération ait une présence significative en Chine (chiffre d'affaires ou, éventuellement, actifs) pour que l'opération soit soumise au contrôle, alors même que l'autre partie pourrait n'avoir qu'une présence minimale insusceptible de créer un risque concurrentiel ou qu'il n'y ait tout simplement aucune addition de parts de marché. Les seuils font par ailleurs référence aux parts de marché détenues avant et après l'opération, critère d'application délicate puisqu'il impose de préjuger de la définition du marché de référence pour pouvoir déterminer si une notification est requise¹⁷. Enfin, l'un des seuils est fixé par référence au nombre d'entreprises détenues ou acquises par les parties en Chine, critère dont la pertinence est extrêmement variable selon les secteurs¹⁸.

Le caractère administratif et formel du contrôle des concentrations en Chine est aussi illustré par le faible contenu conceptuel des textes en vigueur. Ni la notion de concentration, ni celle de marché, ne font l'objet de clarifications. Ainsi, sont considérées comme notifiées au regard du Règlement les opérations aboutissant à une modification du

company) and "off-shore" acquisitions. This distinction has two consequences. First, each type of transaction is subject to different notification thresholds and different procedures. More importantly, in case of "on-shore" acquisitions, domestic competitors may request that the authorities demand a notification even if notification thresholds are not reached. For instance, when SEB (a French manufacturer of household appliances) acquired part of the capital of the Chinese group Sopor in August 2006, several Chinese manufacturers led by the ASD Group approached the authorities and demanded an anti-trust inquiry in order to block the transaction. Backed by public opinion and the media, in the context of growing economic nationalism, this initiative delayed the implementation of SEB's development strategy in China.

As may be assumed from its underlying discriminatory logic, the current regime is driven by an administrative rationale, rather than an economic one. The acquisition of an off-shore holding with a participation in China is subject to a different procedure from that applicable to a direct acquisition of such participation even though the economic essence of these two transactions may be identical. Also, the notification thresholds have only limited economic relevance. A transaction may be subject to review merely because one party has a significant presence in China (in terms of turnover or, possibly, assets), even if the other party or parties have an insignificant presence. Transactions with little or no impact on competition, or transactions not resulting in any combination of market shares, may thus be caught within the notification net. In addition, one threshold is set by reference to pre- and post-concentration market shares, which implies that a predetermination of the relevant market is necessary to decide whether a notification is required. Finally, one of the thresholds refers to the number of enterprises held or acquired by the parties in China. The relevance of this criterion varies drastically from one sector to another.

The administrative and formal nature of merger control in China is also illustrated by the limited conceptual content of the legislation currently in force. The notions of concentration and market lack clarity. Under the Provisions, only transactions that result in a change of the target's capital or in a transfer of

assets require notification. The approach to concentration is thus legal and formal, rather than economic, and is unrelated to the idea of change in control, which is at the core of the European definition of concentration. Conversely, the Provisions do not clearly envisage the notification of joint-venture projects even though they may be concentrative. In addition, the Provisions do not shed any light on the definition of market. The Guidelines do clarify that “*the definition of the relevant market in general includes the definition of the product market and the geographic market*”; but this is far less informative than the formula used in a draft version of the Guidelines, which specified that “*the product market shall take into account factors such as substitution, competition conditions, price, price cross-elasticity of demand, etc.; whereas the definition of geographic market shall take into account factors such as the nature and character of the relevant product or service, market entry barrier, consumer preferences, significant differences in the market shares held by enterprises in different regions or material price differences, etc.*”. The deletion of these clarifications in the officially adopted version is indicative of the uncertainty and debate within the competent administrations on the very essence and objective of merger control (Is it merely a form of administrative control? Is it a protectionist instrument in favour of sensitive industries? Or an effective tool of economic policy?), and on whether economic concepts and theories widely used by competition authorities in Europe and the United States should be applied in China.

Finally, the current regime is an experimental system, as are many legislative innovations in China. Created by a tentative regulation in 2003, at a time when the drafting of the Law had already been ongoing for several years, the regime was, from the outset, meant to be replaced by the new Law's permanent, complete and fully-functional system. The successive adjournments of the Law's promulgation extended the initial regime's lifespan beyond original expectations. It remained a provisional system, granting authorities broad discretion in order to foster the development of administrative practices and allow authorities to acquire relevant experience. The experimental nature of the current regime is illustrated by the fact that the Provisions do not provide for finan-

capital de la cible ou à un transfert d'actifs, concepts juridiques et formels plus qu'économiques, et détachés de l'idée de changement de contrôle qui est au cœur de la définition européenne des concentrations. Inversement, le Règlement n'envisage pas clairement la notification de *joint-ventures* même concentratives. Pour ce qui est du marché, le Règlement n'apporte aucun éclaircissement. Les Lignes Directrices précisent certes que « *la définition du marché pertinent inclut en général la définition du marché de produit et du marché géographique* » ; cette ébauche de commentaire est cependant en retrait par rapport à la formulation utilisée dans une version préliminaire des Lignes Directrices qui précisait que « *le marché de produit est notamment déterminé par référence à certains facteurs tels que la substituabilité, les conditions de concurrence, le prix et l'élasticité-prix de la demande ; tandis que le marché géographique se définit notamment par rapport à la nature du produit ou du service pertinent, aux barrières à l'entrée, aux préférences des consommateurs, aux écarts significatifs entre entreprises de différentes régions en termes de parts de marché, aux différences de prix des matières premières, etc.* ». La suppression de ces développements dans la version officiellement adoptée est une indication des incertitudes et débats, au sein même des administrations compétentes, sur la nature et l'objet du contrôle des concentrations (simple contrôle administratif de la légalité de l'opération ? Instrument de protection des secteurs sensibles ? Ou véritable outil de politique économique ?), ainsi que sur l'opportunité d'importer les concepts et théories économiques couramment utilisés par les autorités de concurrence en Europe ou aux États-Unis à ce stade du développement de l'économie chinoise.

Enfin, le régime actuel est, comme le sont beaucoup d'innovations législatives en Chine, un système expérimental. Inséré dans un règlement temporaire alors même que le processus de préparation de la Loi était déjà engagé depuis plusieurs années, le régime de 2003 était dès l'origine voué à être remplacé, à l'occasion de la promulgation de la Loi, par un système définitif plus abouti et plus complet. Les reports successifs de l'adoption de la Loi lui ayant conféré une durée de vie supérieure aux anticipations, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un système provisoire, laissant aux autorités un large pouvoir d'appréciation, afin de leur permettre de développer et de fixer leur pratique et d'acquérir une expérience. Signe du caractère expérimental du dispositif actuel, le Règlement ne prévoit aucune sanction

pécuniaire en cas de manquement même si les administrations compétentes ont un droit de refus des opérations soumises à leur contrôle. Cependant, du fait même de la flexibilité du cadre actuel, la pratique des autorités comme celle des entreprises a évolué depuis 2003. Ce sont donc ces pratiques qui orienteront la mise en œuvre de la Loi dans les mois à venir, qu'il convient d'analyser.

B. L'évolution de la pratique administrative

En cinq ans, et particulièrement depuis la promulgation du Règlement et des Lignes Directrices, la pratique chinoise du contrôle des concentrations s'est considérablement développée, à droit positif quasi-constant, même si – fait notable – on ne recense encore à ce jour aucun refus d'approbation.

Une des principales évolutions de la pratique concerne la décision même de notification par les investisseurs étrangers. En l'absence de sanctions et du fait de la définition des seuils qui peuvent être franchis alors même qu'une opération n'a quasiment aucun impact sur la structure de marché en Chine, certains investisseurs ont pu avoir tendance, dans un premier temps, à ne pas solliciter d'approbation antitrust, en particulier pour les opérations « *off-shore* » qui n'entraînent pas de changement direct dans le capital d'entités chinoises et échappent par conséquent au contrôle des autorités locales. D'autres acquéreurs, plus soucieux de transparence, ont opté pour la pratique de la « lettre de courtoisie » qui consiste à signaler aux autorités par simple courrier une transaction entrant potentiellement dans le champ d'application du contrôle, tout en insistant, le cas échéant, sur l'absence d'effet concurrentiel de l'opération, et sans soumettre une notification complète et détaillée. Cette pratique est aujourd'hui assez largement abandonnée et les principaux investisseurs n'hésitent plus à notifier toute opération lorsqu'un seuil est franchi, en particulier du fait de l'importance stratégique du marché chinois et des pouvoirs étendus du MOFCOM non seulement en matière de concentration, mais encore dans tous les aspects de l'investissement étranger. Le Règlement prévoit des possibilités d'exemption de notification dans certains cas (opération améliorant la concurrence, restructuration d'une entreprise en difficulté en vue de sauvegarder l'emploi, opération permettant l'introduction de technologie avancée, opération favorable à l'environnement), mais le

cial penalties in case of failure to notify, even though competent authorities may in principle refuse to approve reviewed transactions. The flexibility of the current framework has favoured the evolution of administrative practice and enterprises' response since 2003. These practices, discussed below, will undoubtedly shape the implementation of the Law in the coming months.

B. Administrative Practice Progress

Over the last five years, and particularly since the promulgation of the Provisions, the Chinese practice of merger control has evolved significantly, although substantive legal provisions remained largely unchanged, and remarkably, all reviewed transactions have so far been approved.

One of the main changes in practice relates to foreign investors' decisions to notify. As thresholds may be reached even for transactions having little or no impact on the competition structure in China, and in the absence of penalties for failure to notify, some investors may in the past have avoided submitting a notification. Lack of notification was particularly frequent for "off-shore" transactions that are not subject to control by local authorities since no direct change is taking place in the capital of Chinese entities. More conscientious buyers sometimes followed the practice of submitting a "courtesy letter". Instead of submitting a complete and detailed notification, they would prepare a simple letter informing the authorities of the existence of a transaction within the scope of the Provisions, but insist that it would have a limited impact on competition. This practice has been generally abandoned, and today, major investors unambiguously choose to notify transactions whenever a threshold is reached, in particular in view of the strategic importance of the Chinese market and of MOFCOM's vast powers not only in terms of merger control, but in all aspects of foreign investment. The Provisions provide for certain exemptions from notification (transactions that improve competition, transactions which result in the restructuring of loss-making enterprises with a view to maintaining employment, transactions promoting the importation of advanced technology and transactions favourable to environmental protection), but the

exemptions are only available subject to administrative approval, and in practice they are neither solicited nor granted. In addition, the Guidelines specify that informal discussions with MOFCOM may be initiated prior to a notification, e.g. to determine whether a notification is necessary. However, negative answers are the exception, and the documentation required to successfully conduct such consultations is similar to that necessary for a notification. Notifications are thus more common and systematic, and this tendency should increase under the Law.

Chinese authorities' practice is also characterized by an affirmation of MOFCOM's role as a leader in the field of merger control, even though this competence is technically shared with the AIC. In China's subtle political and administrative hierarchy, the AIC, despite its ministerial status, does not stand on the same footing as MOFCOM. Besides, MOFCOM appears to be better equipped to assume the functions of an antitrust agency thanks to its core competence in foreign investment. Practitioners and enterprises thus tend to devote more attention to MOFCOM requirements, and notifications submitted to the AIC are generally identical to those submitted to MOFCOM. The Guidelines, which formalize certain administrative practices (notification content, computation of review periods in working days rather than calendar days, etc.), were published by MOFCOM alone, evidencing its dominance in the field of concentration control. This competition between authorities (and MOFCOM's edge) will doubtless play a decisive role in the structuring of the ALEA.

The review process is merely sketched out in the Provisions and Guidelines, but it has become more sophisticated over the years. A "phase 1/phase 2" system, similar to the European Union's, has progressively emerged, despite the lack of provisions to this effect in applicable texts. Not surprisingly, the Law maintains this system. Furthermore, while no time limit is set out in the Provisions, approval was deemed granted after thirty days. The Guidelines confirmed this deadline, while providing for a possible sixty-day extension of the review period if MOFCOM requests additional information. In practice, even before the promulgation of the Guidelines, MOFCOM

recours à ces dispenses est soumis à l'agrément des autorités et les exemptions ne sont pas demandées, ni accordées, en pratique. De même, les Lignes Directrices offrent la possibilité d'engager des discussions informelles avec le MOFCOM notamment en vue de déterminer si une notification est nécessaire, mais une réponse négative est rarement délivrée et les exigences documentaires pour mener à bien de telles consultations se rapprochent de celles nécessaires à une notification. On assiste donc à une systématisation des notifications et cette tendance devrait être confirmée par l'entrée en vigueur de la Loi.

Une autre tendance lourde de la pratique des autorités chinoises est la confirmation du rôle prépondérant du MOFCOM en matière de concentrations, alors même que cette compétence est officiellement partagée avec l'AIC. Il faut souligner que dans la subtile hiérarchie politique et administrative chinoise, l'AIC, quoique disposant du statut ministériel, ne jouit pas d'une prééminence réellement égale à celle du MOFCOM. Le MOFCOM est par ailleurs, du fait de ses compétences traditionnelles en matière d'investissement étranger, mieux armé pour assumer des fonctions d'agence antitrust. Ainsi, l'attention des praticiens et des entreprises se focalise sur les exigences du MOFCOM et les notifications soumises à l'AIC sont en général calquées sur celles du MOFCOM. De façon significative, les Lignes Directrices, qui formalisent les pratiques administratives (contenu de la notification, calcul des délais d'examen des dossiers en jours ouvrables et non en jours calendaires, etc.), ont été publiées par le seul MOFCOM, signe de son emprise sur le domaine des concentrations. Cette rivalité, et l'avantage acquis par le MOFCOM, joueront sans doute un rôle décisif dans la structuration de la future AEAM.

Par ailleurs, la procédure de contrôle, dont seules les grandes lignes sont esquissées dans le Règlement et les Lignes Directrices, s'affine au fur et à mesure des années. On note en particulier l'apparition progressive, quoique non prévue par le Règlement, d'un système 'phase 1/phase 2' assez similaire à celui de l'Union européenne et qui, logiquement, est repris par la Loi. Ainsi, alors qu'aucune limite n'est fixée par le Règlement, l'approbation était considérée comme accordée après trente jours. Les Lignes Directrices sont venues confirmer ce délai¹⁹ tout en étendant le délai de soixante jours en cas de demande d'informations additionnelles du MOFCOM. En pratique, et dès avant la promulgation des Lignes Directrices, le MOFCOM sollicitait

déjà parfois certaines informations complémentaires, notamment en cas d'opérations portant sur des domaines sensibles, et considérait que cette requête avait pour effet d'étendre le délai d'examen du dossier. Les Lignes Directrices ont donc, là encore, fixé une pratique en vigueur, et ont anticipé sur les dispositions de la Loi.

Cependant, les Lignes Directrices ne font que clarifier certains points pratiques sans élucider les questions de fond relatives au mode d'analyse des concentrations, aux principaux concepts, etc.²⁰. Reste donc une part importante de pratiques non-formalisées qui pourraient transparaître dans les textes d'application de la Loi dont la promulgation devrait intervenir au cours de l'année 2008. Ainsi, à ce jour, aucune indication n'est publiquement donnée concernant les critères appliqués par les autorités pour l'évaluation de l'impact concurrentiel d'une concentration. Le Règlement fait simplement référence à la possibilité de ne pas approuver les transactions provoquant une « concentration excessive, préjudiciable à la concurrence légitime et dommageable aux intérêts des consommateurs ». Il n'existe aucun équivalent chinois aux Lignes Directrices de la Commission européenne sur l'appréciation des concentrations horizontales²¹. Pendant un temps, le MOFCOM a eu tendance à se référer, pour évaluer l'impact concurrentiel d'une concentration, aux seuils de notification eux-mêmes, et à considérer comme anticoncurrentielles les opérations entre parties dont l'une au moins détient 20 % de parts de marché en Chine, ou entre parties détenant une part de marché agrégée de 25 %. Cette pratique, qui aboutissait à considérer le franchissement d'un seuil de notification comme un signe du caractère anticoncurrentiel d'une opération, semble cependant aujourd'hui en recul, permettant de normaliser le débat sur la définition du marché pertinent et de développer des analyses plus fines des conditions de concurrence. Le MOFCOM a aussi développé une compréhension adaptée de la géographie des marchés pertinents qui pendant longtemps était nécessairement celle de la Chine, et n'exclut aujourd'hui plus la possibilité de marchés de taille mondiale.

II. LE PROCESSUS LÉGISLATIF

Quoique particulièrement long et complexe, le processus de rédaction et d'approbation de la Loi s'est révélé plus transparent que de coutume en Chine. Plusieurs projets officieux ont ainsi filtrés d'année en année, permettant l'instauration

sometimes demanded additional information, especially in relation to transactions concerning sensitive industries, and such request was already deemed to have extended the period for review of the application. In this respect, too, the Guidelines formalized an existing practice and anticipated the new Law's provisions.

However, the Guidelines only clarify certain practical matters without dealing with substantial issues such as the criteria for reviewing concentrations and main theoretical concepts, etc. Important aspects of concentration law thus remain subject to informal practice, and could materialize in the Law's implementing rules, expected to be promulgated in 2008. For example, to date there are no public indications of the criteria used by the authorities to assess the competitive impact of a concentration. The Provisions simply mention the possibility of rejecting transactions that lead to an "excessive concentration, thereby harming legitimate competition and damaging the interests of consumers". There is no Chinese equivalent to the European Commission's Guidelines on the assessment of horizontal mergers. For a while, MOFCOM tended to refer to the notification thresholds themselves when assessing the competitive impact of a merger, and thus considered transactions in which a party individually held a market share of 20 % or more in China or in which parties held a combined market share of 25 % as detrimental to competition. This effectively resulted in treating notification thresholds as indicators of the anticompetitive effect of a concentration. This practice appears to have decreased, permitting a normalization of the debate on the definition of the relevant market and the development of a more sophisticated analysis of competition structures. Finally, MOFCOM has recently developed an adequate understanding of relevant geographical markets; previously the Chinese market used to be the only recognised market but MOFCOM now accepts analyses based on worldwide markets.

II. DRAFTING THE LAW

The drafting and adoption process of the Law, though particularly long and complex, nevertheless proved more transparent than is customary in China. A number of semi-official drafts were circulated over the years, permitting a dialogue between lawmakers

and international experts and organizations (academics, lawyers and bar associations, international organizations and foreign competition authorities), through conferences, seminars, written comments and so on. These exchanges may partially explain the European inspiration of the Law, particularly in the merger control area.

Foreign contributions aside, the drafting of the Law has also been characterized by a power struggle within the Chinese government. Initially, in 1993, the drafting was delegated to two authorities, the AIC and the former State Economic and Trade Commission, whose main functions have since then been transferred to MOFCOM. In 1997, administration of the newly-promulgated Price Law was entrusted to the NDRC, which thus emerged as an important player on the antitrust scene. With China's entry into the World Trade Organisation in 2001, the AIC, MOFCOM (then called the Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation, or MOFTEC) and NDRC began to promulgate, both separately and jointly, various pieces of legislation which to this day make up China's fragmented competition law. In order to coordinate administrative work and to facilitate the drafting of a cohesive text, the State Council Legislative Affairs Office joined in the endeavour in 2003. Individual initiatives from different authorities nevertheless continued, as each agency sought to position itself in the political struggle and to enhance its legitimacy in the field of competition law. AIC published a report in May 2004 decrying the alleged anti-competitive behaviour of major multinational corporations. MOFCOM set up a special Anti-Monopoly Office in September 2004, with a view to creating a core of officers and competence for the to-be-established competition agency. While discussions have taken place with a view to placing such agency under MOFCOM's authority, later drafts of the Law envisaged a whole new agency directly under the authority of the State Council.

This second option is reflected in the final version of the Law, and the controversial question of the new ALEA's composition has been consigned to implementing regulations. Illustrating the persistent rivalry between administrations over control of the responsibilities granted to the ALEA, negotiations are continuing on this point. Internal power struggles between the AIC, MOFCOM and NDRC are yet to result in

d'un dialogue entre le législateur chinois et certains spécialistes ou institutions internationales (universitaires, juristes et associations d'avocats²², organisations internationales, autorités de concurrence étrangères), au travers de conférences, séminaires, commentaires écrits, etc. Ces échanges expliquent en partie l'inspiration européenne de la Loi, notamment en matière de contrôle des concentrations.

Au-delà des apports étrangers, la rédaction de la Loi a été marquée par une lutte d'influence au sein même des autorités chinoises²³. Dès l'origine, en 1993, le travail de préparation de la nouvelle loi fut confié à deux administrations, l'AIC et l'ancienne Commission Nationale de l'Économie et du Commerce, dont les principales missions ont aujourd'hui été transférées au MOFCOM. En 1997, la promulgation de la Loi sur les Prix marqua l'entrée en scène de la DRC, chargée d'appliquer ce nouveau texte. A partir de l'entrée de la Chine dans l'Organisation Mondiale du Commerce, en 2001, l'AIC, le MOFCOM (alors appelé Ministère du Commerce Extérieur et de la Coopération Économique, ou MOFTEC) et la DRC promulguèrent, séparément ou conjointement, les différents textes qui forment jusqu'à ce jour le paysage morcelé du droit de la concurrence chinois. Afin de centraliser les efforts de l'administration et de faciliter la rédaction d'un texte de synthèse, la Commission des lois du Conseil aux Affaires d'État fut saisie de la question en 2003. Pourtant, les initiatives individuelles des différentes autorités se poursuivirent, chaque agence cherchant à se positionner dans la compétition politique et à affirmer sa légitimité en matière de concurrence : publication par l'AIC d'un rapport en mai 2004 visant à dénoncer les pratiques prétendument anticoncurrentielles de grands groupes étrangers²⁴ ; puis création par le MOFCOM d'un Bureau Anti-Monopole spécialisé en septembre 2004 en vue de constituer un noyau dur pour la future autorité de concurrence. Alors que l'idée de placer cette autorité sous la tutelle du MOFCOM avait été avancée, des versions postérieures de la Loi firent référence à une agence nouvelle, placée directement sous l'autorité du Conseil aux Affaires d'État.

C'est finalement cette seconde option qui a été retenue dans la Loi, l'épineuse question de la composition de la nouvelle AEAM étant reléguée aux textes d'application. Les tractations sont donc encore en cours sur ce point, signe de la rivalité persistante entre administrations pour garder un contrôle sur les compétences dévolues à l'AEAM. La concurrence interne entre l'AIC, le MOFCOM et la DRC n'a ainsi pas encore permis de faire émerger un véritable leader

en matière de concurrence au sein du gouvernement, même si le MOFCOM semble avoir pris une certaine avance, particulièrement en matière de contrôle de concentrations.

Cette incertitude se reflète encore dans l'exposé des motifs de la Loi (article 1), qui assigne au nouveau texte des objectifs divers : protection des intérêts des consommateurs et promotion de l'efficacité économique, maintien d'une concurrence loyale, mais encore protection de « l'intérêt public », et promotion du développement de l'économie socialiste de marché. Cette accumulation d'objectifs, dont certains sont tout à fait conformes à la pratique internationale tandis que d'autres s'en écartent plus ou moins significativement, constitue sans doute un compromis entre les différents groupes de pression au sein du gouvernement chinois, en désaccord sur la nature même de la politique de concurrence en Chine²⁵.

La Loi pose donc les termes du débat entre les tenants d'une politique de concurrence calquée sur la pratique internationale et partisans d'une politique spécifiquement chinoise (ménageant par exemple des exceptions pour les acteurs économiques publics et protégeant les industries domestiques de la concurrence mondiale), plutôt qu'elle ne tranche la controverse. Toute interprétation des dispositions de la Loi reste donc incertaine à ce stade : l'application de ce texte pourra varier significativement selon l'identité et la sensibilité des individus et des organisations qui obtiendront le pouvoir de le mettre en œuvre.

III. QUEL CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS SOUS L'EMPIRE DE LA LOI ?

A. Le champ d'application

La Loi définit la notion de concentration de façon nettement plus explicite que le Règlement, et fournit ainsi des précisions précieuses sur le type d'opération soumis à notification. Sont concentratives, au-delà d'un certain seuil, les fusions, les changements de contrôle au travers de l'acquisition de participations ou d'actifs, ainsi que l'obtention du contrôle d'une cible ou la possibilité d'y exercer une influence déterminante au travers de liens contractuels ou de toute autre manière. Si cette définition peut faire l'objet d'interprétations diverses, notamment selon le sens précis attribué à certaines des notions auxquelles il est fait référence, il n'en

one agency emerging as a leader in the field of competition law and policy, although MOFCOM seems to have secured an edge, especially in merger control.

This uncertainty is also reflected in the Law's statement of purpose (Article 1), under which the Law is to serve several goals: safeguarding the interests of consumers and improving economic efficiency, ensuring fair market competition, but also safeguarding "public interest" and promoting the healthy development of the socialist market economy. Some of these objectives are in line with international practice while others clearly deviate from standards used in western jurisdictions. As a whole, this collection of aims probably reflects the respective concessions of different interest groups within the Chinese government which disagree on the very nature of competition policy in China.

Rather than settling the debate, the Law reflects the divergence of opinion between proponents of a competition policy in line with international practice and advocates of a specifically Chinese policy (e.g. upholding the interests of State-owned enterprises and protecting the domestic industry from international competition). It is therefore almost impossible at this stage to give a definite interpretation of the Law; the implications of the legislation could vary considerably, depending on the identity and the views of officials and agencies which will be entrusted with its implementation.

III. MERGER CONTROL UNDER THE LAW

A. Application Scope

The definition of concentration under the Law is much more explicit than under the Provisions. The Law provides valuable information regarding the type of transactions subject to notification. Over a certain threshold, the following transactions are deemed concentrative: mergers, obtaining control of a target through the acquisition of its equity or assets, or obtaining control or being able to exercise a decisive influence through contractual or other means. If this definition remains subject to interpretation, e.g. depending on the specific meaning attributable to some of its terms, it nonetheless clearly converges

with the European definition and thus with international standards. As in Europe, the logic is now based on the economic notion of a concentration and the concept of (*de facto* or *de jure*) change in control. Group reorganizations may be exempted from notification under certain conditions.

Some of the drafts explicitly set notification thresholds, by reference to the Chinese and/or worldwide turnover, assets and market shares of the parties. The draft dated June 22, 2006, for instance, imposed a notification when the worldwide turnover of all parties to the transaction exceeded RMB 12 billion (approximately euros 1.2 billion), and when the turnover in China of any one party exceeded RMB 800 million (approximately euros 80 million). The final version of the Law does not set any threshold, and the State Council has been delegated the power to specify such thresholds in implementing regulations. This method may be justified to the extent that thresholds may thus be adjusted more easily in accordance with changes in monetary and economic circumstances as well as competition policy objectives. However, such an omission also reflects the fact that different interest groups involved in the drafting of the Law have in effect neutralized each other's influence.

It is difficult at this point to assess the reach of the new text, or to compare it with the current regime. The Law explicitly integrates the European concept of effect-based territorial scope and applies to any transaction that may have anticompetitive effects in China. Consequently, it is unlikely that different thresholds will be set for domestic and foreign investors, or that the notion of "off-shore" transaction will be maintained. It is not impossible, however, that thresholds will be based on the questionable criterion of market shares, as is the case under the Provisions; or that transactions only remotely related to the Chinese market will be subject to notification, e.g. if large multinational corporations are involved.

B. Enforcement Agency

The Law contemplates the setting-up of two competition organs: the Anti-Monopoly Commission and the ALEA. The Anti-Monopoly Commission is a coor-

reste pas moins qu'elle se rapproche nettement de la définition européenne²⁶ et donc des standards internationaux. C'est, comme en Europe, la notion économique de concentration et le concept de prise de contrôle de droit ou de fait qui constituent le cœur du raisonnement. Les restructurations intragroupes sont par ailleurs exemptées de notification sous certaines conditions.

Certains projets de loi fixaient explicitement des seuils de notification, par référence au chiffre d'affaires en Chine et/ou dans le monde, aux actifs détenus par les parties, ou encore aux parts de marché. Ainsi dans la version du 22 juin 2006, une notification était requise lorsque le chiffre d'affaires mondial de l'ensemble des parties impliquées dans la concentration dépassait 12 milliards de yuan renminbi (RMB) – environ 1,2 milliard d'euros –, et que le chiffre d'affaires en Chine de l'une des parties était supérieur à 800 millions de RMB (environ 80 millions d'euros). La version définitive de la Loi ne contient plus aucune indication de seuils, ceux-ci devant être fixés par le Conseil aux Affaires d'État au travers d'un règlement d'application. Si cette méthode peut se justifier dans la mesure où elle permettra de modifier plus facilement les seuils selon l'évolution des circonstances économiques et monétaires et les objectifs de politique de concurrence, une telle omission reflète aussi, dans une certaine mesure, la neutralisation des différents groupes d'intérêts ayant participé à la rédaction de la Loi.

Il est donc difficile pour le moment d'évaluer la portée du nouveau texte ou de le comparer au régime en vigueur. La Loi intègre explicitement la conception communautaire de la théorie de l'effet quant à son champ d'application territorial et s'applique à toute opération susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels en Chine. Il paraît donc peu probable que des seuils différentiels soient appliqués aux investisseurs domestiques et étrangers, ou que la notion d'acquisition « *off-shore* » soit maintenue. En revanche, il n'est pas exclu que les seuils prennent en compte le critère contestable de part de marché, comme dans le Règlement ; ou encore que des opérations n'ayant qu'un rapport distant avec le marché chinois soient soumises à notification, par exemple lorsqu'elles impliquent d'importants groupes internationaux.

B. L'autorité de contrôle

La Loi institue deux organismes chargés d'appliquer la politique de concurrence : la Commission Anti-Monopole, et l'AEAM. La Commission Anti-Monopole est un organe de

coordination au sein du Conseil aux Affaires d'État, chargé de superviser et d'organiser l'action de protection de la concurrence. Sa composition sera fixée par le Conseil aux Affaires d'État. Celui-ci aura aussi pour mission d'instituer l'AEAM, étant entendu qu'il lui est possible de désigner plusieurs autorités pour assumer des fonctions complémentaires voire concurrentes²⁷. La Loi laisse donc ouvert l'ensemble des options : création d'une autorité unique, distincte des trois administrations actuellement compétentes, création de plusieurs autorités aux compétences définies par référence à la division du travail actuelle entre l'AIC, le MOFCOM et la DRC, etc. De surcroît, la ou les AEAM au niveau national pourront créer des délégations dans les provinces et municipalités pour exercer les fonctions de l'agence au niveau local. Aux rivalités entre agences la Loi pourrait donc ajouter des tensions entre échelons géographiques, les démembrements locaux pouvant être tentés de mettre en œuvre des politiques « régionalistes » dans l'exercice de leurs compétences.

Il est probable que le MOFCOM, et particulièrement son Bureau Anti-Monopole, ne conservera pas de prérogatives en matière de contrôle des concentrations, même si les articles propres au contrôle des concentrations dans le Règlement n'ont pas formellement été abrogés par la Loi. En revanche, compte tenu de l'évolution récente des rapports de force dans le champ de la politique de concurrence, l'AEAM en charge des concentrations (ou le département compétent de l'AEAM si une agence unique devait être créée) puisera très vraisemblablement ses effectifs parmi les fonctionnaires du MOFCOM qui remplissent aujourd'hui ces fonctions, ne serait-ce que parce qu'ils sont à ce jour les agents les plus aptes à exercer ces missions²⁸. Le recrutement d'une nouvelle génération de fonctionnaires non-affiliés au MOFCOM, formés aux outils du droit et de l'économie de la concurrence, n'est envisageable que sur plusieurs années. Ainsi, la pratique et les tendances observées ces dernières années devraient se maintenir et se renforcer dans les mois à venir du fait de l'identité du personnel chargé du contrôle des concentrations et dans leur spécialisation grandissante.

En revanche, on ne saurait attendre de l'AEAM, ni de la Commission Anti-Monopole, une réelle autonomie qui en fasse d'authentiques autorités administratives indépendantes. On ne saurait même s'en choquer, sauf à se méprendre sur la nature réelle des évolutions administratives et politiques de la Chine. Cela laissera durablement planer un soupçon

inating body within the State Council in charge of supervising and organizing competition protection. Its composition will be determined by the State Council. The State Council is also responsible for establishing the ALEA. It can designate several authorities to assume complementary or even overlapping duties. The Law thus leaves all options open: the establishment of a single agency, distinct from the three authorities currently in charge; the setting-up of several agencies whose responsibilities could be defined by referring to the current division of labour between the AIC, MOFCOM and NDRC; and so on. Moreover, the agency (ies) established at national level will be able to set up branches in provinces and municipalities to exercise the agency(ies)'s functions at the local level. The Law could therefore add an additional layer of complexity to the existing inter-authority' rivalries, and conflicts between agencies at different geographical levels could arise if local branches attempt to implement "regionalist" policies.

MOFCOM and its Anti-Monopoly Office will probably lose the prerogatives they currently exercise in the field of merger control, even though the Law does not formally repeal the Provisions' dispositions pertaining to merger control. Given the recent power shifts in the competition policy arena, however, the ALEA in charge of merger review (or the relevant department of the ALEA, if a single agency is created) will certainly recruit its personnel from the pool of officials currently exercising these functions within MOFCOM, if only because they are better equipped for the job than those from any other government agency at this point. Hiring a new generation of civil servants unaffiliated to MOFCOM and familiar with competition law and economy theory is only conceivable over a number of years. With no or little change in the staff in charge of merger control and increasing specialization of acting officials, practice and trends observed over the past few years are expected to continue in months to come.

On the other hand, neither the ALEA nor the Anti-Monopoly Commission should be expected to be fully autonomous or act as independent authorities. This should come as no surprise in light of China's recent political and administrative changes, but may cast doubt on the impartiality of the review process.

Merger control thus runs the risk of being subjected to China's changing interests. There were expressions of frustration in Chinese public opinion recently when the government failed to identify a legal instrument (notably in the merger control regime) capable of halting the Rio Tinto-Alcan-BHP Billiton transaction, perceived as contrary to China's energy interests.

C. The Review Process

As far as a transaction's review process is concerned, there are few changes in the Law from the Provisions and the Guidelines. It will therefore be necessary to wait for future implementing regulations for details regarding the formal and substantial requirements under the new regime.

With regards to documentary requirements, the Law draws on the list contained in the Guidelines, simplifying it significantly, while granting the power to publish a detailed list to the future ALEA. The review process is very similar to the one currently in force, with a first thirty-day phase at the end of which the transaction is deemed approved, unless the ALEA chooses to open a second ninety-day phase of additional investigation, which may be further extended for up to sixty days. The two-phase examination process, initially a practical innovation of MOFCOM formalized by the Guidelines, is maintained, with a maximum duration now extended to 180 days. Finally, it is now clearly specified that a merger subject to notification cannot be consummated before the notification is submitted, nor during the review process. Unlike the Provisions, the Law sets out financial penalties (up to RMB 500,000, or approximately euros 50,000) in case of failure to comply with the procedure, and even gives the ALEA the power to order the parties to return to the *status quo ante* through equity or assets transfers, or by any other means.

The Law reflects a significant improvement on existing legislation in terms of the criteria for assessing the anticompetitive nature of concentrations. The definition of the relevant market is slightly more sophisticated than the one given by the Guidelines, as it adds a temporal dimension to the standard notions of product market and geographical market.

de partialité sur les procédures de contrôle, dont on ne peut exclure qu'elles soient instrumentalisées au gré de l'évolution des intérêts chinois même si l'opinion publique chinoise s'est émue récemment de l'impossibilité de trouver les moyens juridiques, notamment dans le contrôle chinois des concentrations, de faire échec à l'opération Rio Tinto-Alcan-BHP Billiton jugée contraire aux intérêts énergétiques chinois.

C. La procédure de contrôle

La Loi n'innove pas particulièrement par rapport au Règlement et aux Lignes Directrices en ce qui concerne la procédure d'examen des concentrations, et il faudra sans doute attendre les règlements d'application à venir pour connaître avec une certaine précision les exigences formelles et substantielles de la nouvelle procédure.

En ce qui concerne les exigences documentaires, la Loi ne fait que reprendre, en la simplifiant sensiblement, la liste contenue dans les Lignes Directrices, tout en renvoyant à la future AEAM pour la publication d'une liste détaillée. Quant au déroulement de la procédure, il se rapproche de celui actuellement en vigueur : première phase de trente jours au terme de laquelle l'opération est considérée comme approuvée à moins que l'AEAM ne décide d'ouvrir une seconde phase d'examen complémentaire de quatre-vingt-dix jours pouvant, dans certains cas, être prolongée jusqu'à soixante jours. Ainsi le format d'examen en deux phases, apparu dans la pratique puis formalisé par les Lignes Directrices, est maintenu mais le délai maximum est désormais étendu à 180 jours. Enfin, il est désormais clairement spécifié qu'une concentration soumise à notification ne peut avoir lieu avant la notification, ni pendant les phases d'examen. Contrairement au Règlement, la Loi prévoit que des sanctions financières pourront être imposées en cas de non-respect de la procédure (jusqu'à 500.000 RMB, soit environ 50.000 euros), et envisage même la possibilité pour l'AEAM d'enjoindre les parties de revenir au *status quo ante* au travers de cessions de participations, d'actifs, ou par tout autre moyen.

Quant aux critères d'examen du caractère anticoncurrentiel des concentrations, la Loi constitue un progrès significatif par rapport aux textes existants. La définition du marché pertinent est un peu plus fine que celle donnée par les Lignes Directrices dans la mesure où elle ajoute une dimension temporelle aux notions classiques de marché de produit

et géographique. Plus significativement, alors que le Règlement se contentait d'une vague énumération, la Loi liste six facteurs au regard desquels les concentrations seront examinées : les parts de marché sur le marché de référence et le degré de contrôle des parties à l'opération sur ce marché, le degré de concentration existant sur le marché pertinent, les effets de l'opération sur les éventuelles barrières à l'entrée et l'innovation, les effets de l'opération sur les consommateurs et les concurrents, les effets sur le développement de l'économie nationale, et les autres effets pris en compte par l'AEAM. De surcroît, la Loi précise qu'une concentration potentiellement anticoncurrentielle peut néanmoins être autorisée s'il est démontré que les effets bénéfiques pour la concurrence excèdent les effets négatifs, ou encore que la concentration est conforme à l'intérêt public. Il va de soi que ces facteurs d'examen et ces critères de dérogation peuvent susciter des interrogations, et que leur portée exacte dépendra largement de l'attitude de la future AEAM. Cependant, on voit se dessiner un cadre conceptuel de référence, dont la sophistication pourra croître au fil du temps par l'introduction d'outils d'analyse utilisés hors de Chine (indice de Herfindahl-Hirschmann (HHI), effets de gamme et de portefeuille, etc.) et par le développement d'une jurisprudence chinoise. A ce sujet, l'obligation imposée par la Loi à l'AEAM de motiver et de publier ses décisions négatives ou restrictives permettra aux praticiens et aux entreprises d'appréhender plus facilement la façon dont la Loi est mise en œuvre par les autorités.

Enfin, la Loi innove et rapproche le système chinois de la pratique internationale en ce qu'elle permet à l'AEAM d'autoriser une concentration sous condition de mise en œuvre de mesures correctrices visant à limiter l'effet anticoncurrentiel de l'opération. Il sera donc possible de proposer des engagements en vue d'obtenir l'approbation d'une concentration, et l'AEAM pourrait développer une pratique de négociation de ces engagements avec les parties en cause. La Loi prévoit par ailleurs la possibilité pour les entreprises de contester une décision négative ou conditionnelle de l'AEAM, d'abord au travers d'un recours gracieux, puis devant les juridictions compétentes.

D. Le contrôle de sécurité nationale

L'un des aspects les plus fréquemment commentés de la Loi est son article 31 qui dispose que lorsqu'une fusion ou une acquisition d'une entreprise domestique par un

More significantly, the Law gives a list of six criteria to be applied while reviewing concentrations (whereas the Provisions only contained a vague enumeration): market shares held by the parties to the transaction in the relevant market and their degree of control in such market, degree of concentration in the relevant market, effect of the transaction on market entry barriers and technological progress, effects of the concentration on consumers and relevant enterprises, effect on the development of the national economy, and other factors taken into account by the ALEA. In addition, the Law specifies that a potentially anticompetitive concentration might be authorized to the extent that the benefits to competition can be shown to outweigh the detrimental effects, or if the contemplated transaction is in the public interest. Obviously, these criteria and the exemption options might raise questions, and their effective reach will largely depend on the ALEA's position. The Law nonetheless sets out a conceptual framework whose sophistication should increase over time through the application of analytical instruments used outside of China (HHI, range and portfolio effects, etc.) and through the development of a Chinese set of precedents. In this regard, the obligation of the ALEA, as set by the Law, to justify and publish its negative or restrictive decisions will allow practitioners and enterprises to get a better grasp of the authorities' implementation techniques.

Finally, the Law improves on the current regime and fosters convergence with international practice as it grants the ALEA the right to condition its approval of a concentration on the adoption and implementation of merger remedies intended to limit the anticompetitive effect of a transaction. As a consequence, it will be possible to offer commitments to the authorities in order to secure approval of a concentration, and the ALEA may develop a practice of negotiating such commitments with the involved parties. The Law also grants applicants the right to challenge negative or restrictive decisions by the ALEA, first through administrative review, then by initiating an action in the competent jurisdiction.

D. National Security Review

One aspect of the Law that is frequently commented on is Article 31, which provides that when national security is involved, mergers or acquisitions of domestic enterprises by foreign investors will be

subject to a national security review in addition to the ALEA's merger control. This additional review will not be performed from a competition point of view, and as a result will normally not be carried out by the ALEA.

This provision is actually not an innovation, and recent concerns raised about Article 31 appear somewhat out of place, as each piece of legislation related to merger control promulgated since 2003 contains at least one provision on national security. The Tentative Provisions allowed domestic competitors to challenge "on-shore" acquisitions, even when notification thresholds were not reached, if a transaction could have a significant impact on "the national economy [...] or national economic security". This was maintained under the 2006 Provisions. More importantly, in response to China National Off-shore Oil Corporation's (CNOOC) failure to acquire UNOCAL, the Provisions require that MOFCOM be notified about any transaction pursuant to which a foreign investor obtains control over an enterprise in a "key industry", or if the acquisition could affect national economic security, or if the target has a well-known trademark or a traditional Chinese trade name. In the case of failure to notify, the Provisions grant MOFCOM, in conjunction with other relevant departments, the power to halt the transaction and to order the restoration of the *status quo ante*.

In 2006, the introduction of this control mechanism raised concerns similar to those expressed today about the Law by many commentators, as well as doubts regarding the notions of "key industry" and "national economic security". Such doubts were partially alleviated when the State Council promulgated the "Guiding Opinions on Promoting the Integration of State-owned Capital and Restructuring of State-owned Enterprises" on December 5, 2006. The Opinions defined "key industries" as those relating to national security, major infrastructure and important mining resources, industries providing important public products and services, and backbone enterprises in key industries and the high-tech sector. Carlyle's acquisition of a stake in Xugong, a State-owned equipment manufacturer, represents one of the most visible illustrations of the national security review. After trying to acquire 85 % of Xugong's

investisseur étranger met en jeu la sécurité nationale, la concentration fera l'objet d'un contrôle de sécurité nationale en plus de l'éventuel contrôle par l'AEAM. Il ne s'agit pas d'un contrôle du point de vue de la concurrence, et cet examen ne sera donc en principe pas réalisé par l'AEAM.

Cette disposition ne constitue en réalité pas une nouveauté, et il semble inutile de s'alarmer outre-mesure puisque la préoccupation de sécurité nationale apparaît sous une forme ou sous une autre dans chacun des textes relatifs aux concentrations promulgués depuis 2003. Ainsi, le Règlement Provisoire offrait déjà la possibilité aux concurrents domestiques de mettre en cause une acquisition « *on-shore* », même lorsque les seuils de notification n'étaient pas atteints, lorsque l'opération était susceptible d'avoir un impact significatif sur « l'économie nationale [...] ou la sécurité économique nationale ». Cette possibilité a été maintenue par le Règlement de 2006. Mieux encore, notamment en réponse à l'échec de l'acquisition d'UNOCAL par la *China National Off-shore Oil Corporation*, le Règlement a imposé une notification au MOFCOM de toute opération au terme de laquelle un investisseur étranger obtient le contrôle d'une entreprise d'un « secteur-clé », ou si l'acquisition est susceptible d'affecter la sécurité économique nationale, ou encore si la cible détient une marque renommée ou une appellation chinoise traditionnelle²⁹. En cas de manquement à l'obligation de notifier, le Règlement confère au MOFCOM le pouvoir, en concertation avec les autres autorités compétentes, d'enjoindre la cessation de l'opération et le retour au *statu quo ante*.

En 2006, l'introduction de ce mécanisme de contrôle avait suscité des craintes similaires à celles exprimées aujourd'hui à propos de la Loi, et des interrogations quant aux notions de « secteur-clé » et de « sécurité économique nationale ». Ces interrogations avaient été partiellement dissipées lors de la publication par le Conseil aux Affaires d'État, le 5 décembre 2006, des « Opinions Directrices pour la Promotion de l'Intégration du Capital d'État et la Restructuration des Entreprises d'État », qui définissaient les « secteurs-clé » comme ceux relevant de la sécurité nationale, les grandes infrastructures et les ressources minières importantes, les services publics et les entreprises *leader* dans les industries fondamentales et les hautes technologies. La prise de participation par Carlyle dans Dugong, un groupe manufacturier public, constitue l'une des manifestations les plus spectaculaires du contrôle de sécurité nationale : après avoir tenté d'acquérir 85 % du capital en 2005,

Carlyle a dû réduire son offre à 50 % du capital quelques semaines après l'entrée en vigueur du Règlement, pour se contenter en définitive d'une participation minoritaire de 45 % en mars 2007, sous la pression du MOFCOM.

Le texte même de la nouvelle Loi ne contient aucune disposition quant au déroulement de la procédure de sécurité nationale et, au moins dans un premier temps et jusqu'à ce qu'un texte spécifique vienne préciser les modalités du contrôle de sécurité nationale, ce sont vraisemblablement les dispositions du Règlement qui continueront à s'appliquer en la matière. L'entrée en vigueur de la Loi ne constitue donc pas une révolution, les autorités disposant dès aujourd'hui des outils permettant d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire sur les acquisitions étrangères. La Loi vient donc simplement confirmer l'existence d'inquiétudes, au sein de l'administration chinoise, en matière de sécurité nationale et de souveraineté économique – questions qui préoccupent tout autant l'Europe et les États-Unis.

IV. VERS UNE SYSTÉMATISATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE CHINOIS ?

Au-delà du contrôle des concentrations, la Loi vise à traiter l'ensemble des comportements anticoncurrentiels pouvant exister sur les marchés, qu'il s'agisse des ententes, des abus de position dominante, mais aussi des abus anticoncurrentiels d'autorité administrative, notion particulièrement importante dans le cadre de l'économie chinoise, largement administrée et dans laquelle les autorités disposent de pouvoirs économiques et réglementaires non négligeables.

Il est difficile d'apprécier si l'entrée en vigueur de la Loi aura des effets majeurs sur le contrôle des comportements. Il faut admettre que de nombreux textes existent dès aujourd'hui visant à réprimer les ententes, les ventes à pertes, les abus de position dominante, etc. Pourtant, ces textes sont souvent peu appliqués et la politique de concurrence chinoise semble être focalisée sur la répression de quelques scandales fortement médiatisés plutôt que sur l'application patiente et uniforme de règles de concurrence à travers les différents secteurs de l'économie chinoise. La nouvelle Loi est donc particulièrement utile en ce qu'elle restitue une cohérence à la politique chinoise de concurrence, au sein d'un texte unique placé au sommet de la hiérarchie des normes, mais il faudra sans doute attendre

capital in 2005, Carlyle was compelled to reduce its offer to 50 % a few weeks after the Provisions came into effect. The fund was finally forced to settle for a minority participation of 45 % in March 2007 under pressure from MOFCOM.

The Law does not contain any provisions pertaining to the procedure to be followed for national security review. At first, and until a specific text is promulgated, the dispositions of the Provisions on national security review are likely to continue to apply. The coming into force of the Law thus does not constitute a major change or disruption since the authorities already hold powers allowing them to exercise discretion over foreign acquisitions. The Law simply confirms Chinese authorities' concerns regarding national security and economic independence – a concern that is widely shared by governments and the public in Europe and the United States.

IV. TOWARD THE SYSTEMATISATION OF COMPETITION LAW IN CHINA?

Beyond merger control, the Law deals with all aspects of potentially anticompetitive market behaviours, such as cartels, abuses of dominant position, and even administrative authorities' anticompetitive abuses – a particularly important concept in the context of the Chinese economy, which remains subject to a high level of State control and over which governmental authorities exercise significant economic and regulatory powers.

It is difficult to predict whether the implementation of the Law will seriously impact market behaviours. Indeed, several texts are already in place to prevent and penalise "monopoly agreements", predatory pricing, abuses of dominant position, etc. However, these regulations are often loosely applied, and Chinese competition policy seems more focused on suppressing a few highly publicized scandals rather than on patiently and consistently applying competition rules across the various segments of the Chinese economy. The Law may thus prove useful to the extent that it asserts consistency in China's competition policy through a single piece of legislation at the top of the hierarchy of norms. However, several

months, if not years, will most likely elapse before the Law's provisions are consistently and predictably applied.

It nonetheless remains possible that the Law will be applied more rapidly in certain industries or segments, depending on the authorities' express or implied priorities. Certain sensitive industries, such as real estate and construction, have already been singled out for concern over alleged social abuses, and may serve as prime targets for swift antitrust action.

On the basis of a literal interpretation of the Law's provisions, it is also possible to forecast potential future direction. In terms of "monopoly agreements", horizontal agreements and vertical agreements are distinguished in the Law. Horizontal agreements are prohibited when they fix prices or limit quantities, divide up market shares or raw materials procurement, restrict the purchase or development of new technologies or new products, or result in the organization of a boycott. Vertical agreements that set a resale price or a minimum price are also forbidden. These lists of prohibitions are similar to the text of Article 81-1 of the EC Treaty. In addition, the Law provides for exemptions in case an agreement aims at developing or improving a technology, improving product quality or reducing costs, etc., provided that the agreement does not seriously restrict competition in the relevant market and that consumers are able to share in the benefits of the agreement. The influence of Article 83-3 of the Treaty is manifest, even though the Law also provides for additional, more specifically Chinese exemption cases, e.g. for agreements which strengthen the competitiveness of small and medium-sized enterprises, promote public-interest causes or mitigate a serious decline in sales or overproduction in situations of economic downturn.

The provisions relating to abuses of dominant position also reflect the European influence. The Law prohibits abuses of a dominant position by imposing unfair sales or purchase prices, unjustifiably selling goods below cost, abusively refusing to deal with counterparties or treating comparable trade partners unequally, abusively demanding exclusivity or imposing unreasonable trade conditions such as tying arrangements. Almost all of the examples given in Article 82 of the Treaty are adapted, with variations in wording, to Chinese law. The notion of dominant position also converges with that of European com-

plusieurs mois, sinon plusieurs années, avant que ses dispositions ne prennent véritablement corps et ne soient appliquées avec consistance et prédictibilité.

On peut néanmoins parier sur une application plus ou moins rapide de la Loi selon les secteurs et la définition, au moins tacite, de priorités, notamment dans des domaines sensibles de l'économie chinoise comme l'immobilier ou la construction, déjà stigmatisés pour leurs abus en matière sociale.

Il est aussi possible, sur la base du texte de la Loi, de dégager certaines orientations probables pour l'avenir. En matière d'ententes, la Loi distingue les ententes horizontales des ententes verticales. Sont notamment interdites les ententes horizontales qui fixent les prix ou limitent les quantités, qui répartissent les parts de marché ou les achats de matières premières, qui restreignent l'achat ou le développement de nouvelles technologies ou de nouveaux produits, ou encore qui organisent un boycott. Sont également interdites les ententes verticales qui fixent un prix de revente, ou un prix minimum. Ces énumérations ne sont pas sans rappeler le texte de l'article 81, 1 du Traité CE. De même, la Loi prévoit des exemptions lorsqu'un accord vise par exemple à développer ou améliorer une technologie, à améliorer la qualité des produits ou réduire les coûts, etc., à condition que l'accord ne restreigne pas sérieusement la concurrence dans le marché de référence et que les consommateurs puissent profiter des bénéfices de l'accord. L'influence de l'article 83, 3 du Traité est manifeste, même si la Loi prévoit d'autres cas d'exemption plus spécifiquement chinois, par exemple pour les accords susceptibles de renforcer la compétitivité des petites et moyennes entreprises, de promouvoir des causes d'intérêt public ou de faire face à une chute des ventes ou à une surproduction.

Les dispositions relatives aux abus de position dominante témoignent elles aussi de l'influence européenne. La Loi condamne l'exercice d'une position dominante pour imposer des prix de vente ou d'achat inéquitables, vendre à des prix abusivement bas, refuser abusivement de contracter avec certains tiers ou appliquer à des partenaires comparables des conditions inégales, exiger abusivement une exclusivité ou imposer des conditions commerciales abusives telles que des ventes liées. On retrouve là quasiment l'ensemble des exemples de l'article 82 du Traité. La notion de position dominante se rapproche elle aussi de celle retenue en droit communautaire. La Loi pose notamment une présomption de position dominante lorsqu'une entreprise détient 50 %

de parts de marché, critère souvent considéré comme suffisant par la Cour de justice des Communautés européennes³⁰.

Enfin, l'un des domaines les plus intéressants de la Loi concerne les pouvoirs d'enquête attribués à l'AEAM. L'Agence pourra réaliser des perquisitions au sein des entreprises suspectées de pratiques anticoncurrentielles. Elle pourra en outre procéder à l'audition des parties concernées, inspecter et copier tout document ou matériel nécessaire à l'enquête, sceller ou saisir tout élément de preuve et examiner les comptes bancaires des entreprises concernées. Ses agents seront soumis à une obligation de confidentialité. Ces pouvoirs sont très étendus, et sont largement calqués sur ceux de la Commission européenne qui peut procéder à des demandes de renseignements, des auditions et des inspections, avec contrôle et copie des documents, apposition de scellés, etc.³¹ A cet égard, la future AEAM disposera de moyens de contrôle particulièrement coercitifs, et potentiellement attentatoires à la liberté du commerce et au secret des affaires, sans nécessairement offrir en retour la garantie d'un contrôle juridictionnel effectif des excès de pouvoir. La mise en œuvre de ces dispositions par les agents de l'AEAM revêt donc une importance cruciale pour les praticiens et les acteurs économiques qui devront s'adapter à ce nouvel instrument de contrôle administratif.

D'autres points encore témoignent de l'intérêt porté par les rédacteurs de la Loi aux développements du droit de la concurrence en Europe et aux États-Unis. Ainsi, la Loi prévoit la possibilité de mise en œuvre de programme de clémence en faveur d'entreprises dénonçant à l'AEAM des ententes auxquelles elles sont parties, et qui pourront voir leur amende réduite ou annulée. De même, la Loi accorde explicitement aux tiers lésés par un acte anticoncurrentiel le droit d'agir devant les juridictions chinoises pour obtenir réparation, ouvrant ainsi la possibilité d'un cumul de sanctions administratives et de condamnations civiles³². La Loi aborde même, quoique de façon indirecte, l'épineuse question de l'articulation du droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle.

Le droit chinois de la concurrence est donc aujourd'hui armé pour converger vers les modèles proposés par les juridictions disposant de normes sophistiquées, et un rattrapage rapide est désormais envisageable. Plus que la publication des textes d'application, qui n'apporteront en toute

petition law. The Law notably asserts a presumption of dominant position when an enterprise holds a market share of 50 % or more, a criterion often deemed sufficient by the European Court of Justice.

Finally, one of the most interesting provisions of the Law concerns the powers of investigation granted to the ALEA. The Agency will be allowed to inspect enterprises suspected of anticompetitive practices. It will also have the power to question the concerned parties, review and take copies of any document or data relevant to the investigation, seal or seize evidence and make inquiries concerning the bank accounts of the relevant enterprises. Its agents are subject to a confidentiality obligation. These powers are very broad, and are modelled on those of the European Commission, which may issue requests for information, take statements and carry out inspections, examine and take copies of documents, seal evidence, etc. The future ALEA will exercise means of control that may prove particularly coercive and potentially detrimental to business freedom and trade secrets, with limited guarantees in terms of judicial review over potential *ultra vires* administrative actions. The implementation of these provisions by the ALEA's staff is thus of key importance for practitioners and economic actors, who will need to adapt to this new instrument of administrative control.

Other items exemplify the interest demonstrated by the Law's drafters in developments in competition law in Europe and the United States. The Law provides for the implementation of leniency programs for enterprises that report "monopoly agreements", to which they are a party, to the ALEA and for which they may obtain a reduction or exemption from fines. Also, the Law explicitly grants third parties aggrieved by an anticompetitive practice an action before Chinese courts to obtain compensation, thus paving the way for the concurrent imposition of administrative penalties and damages. The Law even touches, albeit indirectly, on the controversial topic of the articulation between competition law and intellectual property.

Chinese competition law now appears set to converge with more mature models implemented in foreign jurisdictions, and China is in a position to rapidly catch up with sophisticated norms and practice. Implementing rules of the Law will only partially alle-

viate existing doubts and will in any event leave wide room for interpretation. Consequently, the establishment of the ALEA and its political positioning carry much more weight in the long run. The identity and quality of its personnel will probably be the key factor in determining whether Chinese competition law will draw on international practice, or whether, on the contrary, China will retain its specificities in terms of competition policy.

hypothèse que des clarifications partielles et laisseront toujours une place importante à l'interprétation³³, c'est la création de l'AEAM et son positionnement qui devraient retenir l'attention : l'identité et la qualité des membres recrutés par l'Agence sera probablement le facteur déterminant dans le rapprochement du droit chinois et de la pratique internationale ou, au contraire, dans le maintien d'une spécificité chinoise en matière de concurrence.

Notes

1. Règlement du Conseil n° 4064/89/CEE adopté le 21 décembre 1989.
2. Règlement du Conseil CE n° 139/2004 adopté le 20 janvier 2004.
3. Affaires *Airtours*, *Schneider Electric*, *Tetra Laval*.
4. La Loi est sensiblement inspirée par une combinaison des modèles américain et communautaire. En ce qui concerne le contrôle des concentrations, l'influence européenne est plus sensible, sauf peut-être en ce qui concerne l'exception de sécurité nationale pour laquelle le système américain de contrôle par le « *Committee on Foreign Investment in the United States* » est une référence plus pertinente.
5. Règlement promulgué le 7 mars 2003 par le Ministère du Commerce Extérieur et de la Coopération Économique, l'Administration Fiscale Nationale, l'Administration Nationale de l'Industrie et du Commerce, et l'Administration Nationale des Changes, et entré en vigueur le 12 avril 2003. Voir les articles 19 à 22.
6. Règlement sur l'Acquisition d'Entreprises Domestiques par les Investisseurs Étrangers, promulgué par le Ministère du Commerce, la Commission de Supervision et de Gestion des Actifs d'État, l'Administration Fiscale Nationale, l'Administration Nationale de l'Industrie et du Commerce, la Commission Chinoise de Régulation des Marchés Financiers, et l'Administration Nationale des Changes, et entré en vigueur le 8 septembre 2006. Voir les dispositions du Chapitre V.
7. Articles 51 à 54 du Règlement.
8. Lignes Directrices sur les Notifications Antitrust de Fusions et Acquisitions d'Entreprises Domestiques par les Investisseurs Étrangers du 8 mars 2007.
9. Voir Annexe I du Règlement de la Commission n° 802/2004.
10. L'Administration Nationale de l'Industrie et du Commerce met notamment en œuvre la Loi sur les Pratiques Anticoncurrentielles promulguée par l'Assemblée Nationale Populaire le 2 septembre 1993.
11. Sur le fondement de la Loi sur les Prix du 29 décembre 1997 qu'elle est chargée d'appliquer, la Commission Nationale du Développement et de la Réforme a notamment joué un rôle central, et fortement médiatisé, dans la répression du cartel des nouilles instantanées à l'été 2007. Ce scandale d'une importance considérable, largement débattu à l'Assemblée à l'occasion de la troisième et dernière lecture de la Loi, aurait accéléré la finalisation et la promulgation de la Loi. Voir la « Notification relative aux Résultats d'Enquête sur l'Entente sur les Prix des Nouilles Instantanées », publiée par la Commission Nationale du Développement et de la Réforme le 16 août 2007.
12. Ce Ministère est par ailleurs généralement considéré comme le plus favorable à l'investissement étranger.
13. Seuls sont considérés comme « chinois », au sens du Règlement, les investisseurs de Chine continentale. Les investisseurs de Hong Kong, Macao et Taïwan sont donc soumis au contrôle des concentrations.
14. Le Règlement ne donne, en réalité, aucune définition de la notion d'acquisitions « *off-shore* ». Il est généralement admis, et confirmé informellement par le Ministère du Commerce, qu'il s'agit de transferts indirects de participation dans une société chinoise.
15. Les acquisitions « *on-shore* » peuvent notamment donner lieu à des auditions.
16. Cette possibilité n'est pas prévue textuellement en cas d'acquisition « *off-shore* ». Cependant, l'interprétation des autorités semble sujette à évolution et il n'est pas exclu qu'une demande des concurrents locaux puisse être acceptée, même concernant une acquisition « *off-shore* ». Voir I.B. *infra*.

17. La référence aux parts de marché a notamment été critiquée par l'*American Bar Association* (ABA) dans ses commentaires du 19 mai 2005 sur la version préliminaire de la Loi publiée le 8 avril 2005. L'ABA soulignait la contrariété de ce critère subjectif à la pratique internationale, et particulièrement aux recommandations de l'*International Competition Network* relatives aux notifications antitrust. Rappelons qu'en droit français, les parts de marché ne servent plus à définir les seuils de notification depuis la réforme introduite par la Loi n° 2001-420 dite « Nouvelles Régulations Économiques » du 15 mai 2001.

18. Voir par exemple les commentaires de P. Neumann and T. Zhang, « *China's New Foreign-funded M&A Provisions: Greater Legal Protection or Legalized Protectionism?* », *China Law and Practice*, octobre 2006.

19. Les Lignes Directrices précisent qu'il s'agit de trente jours ouvrables.

20. Cette critique a notamment été adressée par l'ABA dans son commentaire des Lignes Directrices, en date du 20 mars 2007 (voir point 5).

21. Lignes Directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du Règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *Journal officiel* n° C 031 du 05/02/2004 pp. 0005-0018.

22. L'*American Bar Association* a notamment produit plusieurs commentaires sur les versions successives de la Loi afin de solliciter l'alignement du texte sur la pratique internationale.

23. Sur cette question complexe, voir notamment le compte-rendu particulièrement détaillé des différentes étapes du processus par H. Stephen Harris dans *The Making of an Antitrust Law: The Pending Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China*, 7 *Chicago Journal of International Law* 169 (2006).

24. Notamment Microsoft, Kodak et TetraPak qui démentirent les accusations de l'AIC. Voir par exemple 'Anti-Monopoly Law Crucial for Consumers', le *Quotidien du Peuple en ligne*, 12 juillet 2004.

25. Voir Nate Bush, '*The PRC Anti-Monopoly Law: Unanswered Questions and Challenges Ahead*', *The Antitrust Source*, Vol. 7 Issue 1, octobre 2007.

26. Article 3, paragraphe 1 du Règlement du Conseil CE n° 139/2004.

27. Le fait même que la Loi prévoit la création d'une commission de coordination au sein du Conseil aux Affaires d'État pourrait s'interpréter comme un signe indiquant que plusieurs AEAM seront instituées.

28. Parallèlement, l'AIC, dont le rôle est aujourd'hui plus formel que substantiel et est partiellement éclipsé par l'importance croissante du MOFCOM, pourrait être écartée du champ du contrôle des concentrations à court ou moyen terme.

29. Article 12 du Règlement.

30. Voir par exemple CJCE, 3 juillet 1991, aff. C-62/86, *Akzo Chemie BV*.

31. Règlement du Conseil CE n° 1/2003 adopté le 16 décembre 2002, chapitre V.

32. Des contentieux civils liés à des questions de concurrence ont d'ailleurs déjà commencé à apparaître en Chine ces dernières années : Intel et Sony ont ainsi été accusés par certains fabricants chinois de restreindre abusivement la compatibilité de leurs produits.

33. Voir la comparaison entre la pratique du droit de la concurrence en Europe et aux États-Unis et la tradition juridique et administrative chinoise proposée par Nathan Bush, '*Chinese Competition Policy – It takes more than a law*', *China Business Review*, mai-juin 2005.