

Université Panthéon-Assas
école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en Droit
soutenue le 9 février 2011

Thèse de Doctorat / février 2011

**La Réforme du Droit de la Concurrence en Chine :
Inspiration du Système Européen**



Université Panthéon-Assas

Yan BAI

Sous la direction de **Monsieur le Professeur Jean-Christophe GALLOUX**,
Université Panthéon-Assas (Université Paris II)

Membres du jury :

Madame le Professeur **Laurence IDOT**

Université Panthéon-Assas (Université Paris II)

Madame le Professeur **Marie MALAURIE-VIGNAL**

Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, rapporteur

Monsieur le Professeur **Louis D'AVOUT d'AUERSTAEDT**

Université Jean Moulin (Lyon III), rapporteur

Monsieur le Professeur **François SOUTY**

Professeur associé à l'Université de La Rochelle, DGCCRF

Avertissement

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

Remerciements

Mes plus vifs remerciements vont à mon Directeur de thèse, Monsieur le Professeur Jean-Christophe GALLOUX, pour la confiance et les encouragements qu'il m'a accordés et pour ses précieux conseils qui ont constamment guidé mes recherches tout au long de l'élaboration de cette thèse. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma profonde gratitude.

J'adresse également mon infinie reconnaissance
à mes parents et mon fils pour leur indéfectible soutien ;
à tous ceux qui m'ont entourée et aidée dans la relecture minutieuse de cette thèse: les professeurs Marc SORET et Bénédicte STENGEL, Thérèse CHAMPEY, Brigitte FONTAINE, Olivier BEUGNOT, André VINCENT, Claire et François BIDEF ; notamment,
à Monsieur Dominique BAGGE, ancien directeur chargé des relations internationales de la CCP et sa magnifique épouse Marie qui l'a assisté avec joie et amour dans son rôle de «censeur» rigoureux et diligent pour la relecture générale et définitive de ce travail;
à Mme Jarmila VELTRUSKY qui m'a entourée de sa sollicitude toute maternelle ;
et à mon Université des Sciences politiques et juridiques du Nord-Ouest de la Chine dont le Président, Monsieur le Professeur Yu JIA, et l'administration m'ont permis d'approfondir mes recherches en France ;
à la France qui a financé mes recherches. Ce travail n'aurait pu voir le jour sans les bourses du CROUS et de la Chancellerie des Universités de Paris.

Toute ma gratitude va enfin à tous les membres du jury et aux Professeurs Marie MALAURIE-VIGNAL et Louis D'AVOUT D'AUERSTAEDT pour leur temps et leur présence en qualité de rapporteurs.

Résumé :

Après 30 ans de réforme économique et juridique, la Chine a enfin adopté sa loi nationale en matière de concurrence: la Loi antimonopole du 30 août 2007, entrée en vigueur le 1^{er} août 2008. Cette thèse porte sur l'effort que le Gouvernement chinois a consacré à réformer le droit de la concurrence pour établir et protéger son économie de marché socialiste afin de permettre aux entreprises nationales et étrangères de participer au jeu de la concurrence sur la base de principes d'égalité, de liberté et de transparence. Dans cette thèse, une étude comparée est menée selon deux dimensions : verticale et horizontale. Dans la dimension verticale, le droit chinois de la concurrence montre une continuité dans le temps de la culture juridique traditionnelle remontant à plus de 2000 ans, tandis qu'horizontalement, il se place dans le sillage du droit de la concurrence de l'Union européenne qui constitue une source inépuisable d'inspiration. La loi antimonopole de la Chine comprend notamment une interdiction des pratiques anticoncurrentielles (l'interdiction des ententes et celle de l'abus de position dominante), un contrôle des concentrations et des monopoles administratifs, des règles institutionnelles et des règles de la responsabilité juridique de l'infraction à la loi. Il est à noter que le périmètre de la réforme du droit de la concurrence en Chine ne se borne pas qu'au droit antitrust au sens propre, elle implique aussi le développement du droit contre la concurrence déloyale et l'évolution de la relation entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle.

Descripteurs : *culture juridique traditionnelle chinoise, réforme économique et juridique chinoise, loi antimonopole chinoise, inspiration, système européen du droit de la concurrence*

Title and Abstract : The reform of Chinese Competition Law: the inspiration from the legal system of the Europe Union

After 30 years of economic and legal reform, China finally enacted its competition law: the Anti-Monopoly Law of August 30, 2007 which came into force on August 1, 2008. This thesis reviews firstly China's efforts to reform its legal system of competition in order to establish and to protect the socialist market economy, in which not only the national enterprises but also foreign commercial entities will be able to participate in the game of competition on the Chinese market on the basis of equality on legal status, of freedom to fix prices and of transparency in the market information in the Chinese substantive and procedural legal framework. Secondly, the comparative method used in this thesis touches upon two aspects: the vertical and the horizontal. (The vertical dimension is unfurled in the historical process whereby the Chinese legal system de la concurrence has demonstrated how it is influenced by its traditional legal culture of more than two thousand

years, on one hand; and on the other hand, the horizontal comparative study makes it clear that the Chinese competition law follows in the wake of the European Union whose competition legal system is an inexhaustible resource of inspiration for the Chinese antimonopoly law. So, we focus our study on the contents of the Chinese antimonopoly law which include a merger control, the prohibition of anticompetitive practices (the cartel prohibition and the prohibition of abuses of dominance), and the control of anticompetitive behaviors of public authorities, the institutional rules and the rules of legal responsibility in the breach of law. However, the area of Chinese legal reform in the domain of competition is not confined to the antitrust law in its strict sense; it implicates also the enactment of the law for Countering Unfair Competition and the evolution of the relationship between the antitrust law and the intellectual property law. This constitutes our last focus of study.

Keywords : *Chinese traditional legal culture, Chinese economic and legal reform, Chinese anti-monopolistic law, inspiration, European legal system of competition law*

Principales abréviations

ADE	Administration d'Etat de Devises étrangères
ADPIC	Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AFE	Administration fiscale d'Etat
AIC	Administration générale de l'Industrie et du Commerce
al.	Alinéa
APN	Assemblée populaire nationale
art.	Article
BFCE	Banque française du commerce extérieur
BIEC	Banque d'Importation & Exportation de Chine
BKartA	Bundeskartellamt de l'Allemagne
BPC	Banque populaire de Chine
BpC	Bureau politique du Comité central du PCC
BRMCD	Bureau de la Répression des Monopoles et Concurrences Déloyales
BPI	Bureau national de la Propriété intellectuelle
CAE	Conseil des Affaires d'Etat
CCP	Chambre du Commerce de Paris
CCPPC	Conférence consultative politique du peuple chinois
CEEC	Commission d'Etat de l'Economie et du Commerce
Cf	Se reporter à
CAAE	Commission de l'administration des actifs d'Etat
Chron	Chronique
CNDR	Commission nationale de Développement et Réformes
Comm.	Commentaire
CRBC	Commission nationale de régulation bancaire (China Banking Regulatory Commission)
CSRC	Commission de régulation boursière de Chine (China securities

	regulatory commission)
CAAE	Commission d'administration des actifs d'Etat
DAM	Direction antimonopole
DGFT	Directeur général du commerce équitable ou de la loyauté des pratiques du commerce du Royaume-Uni
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation, et de la répression des fraudes
DTI	Department of Trade and Industry ou Ministère du Commerce et de l'Industrie du Royaume-Uni
DOJ	Department of Justice of the United States of America
éd.	Edition
EPE	Entreprise à participation étrangère
FTC	Federal Trade Commission of the United States of America
GATS	Accord Général sur le Commerce des Services
ibid.	Ibidem, dans le même ouvrage
IHH	Indice de Herfindahl-Hirschmann
JO.	Journal officiel
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LRC	Loi contre les Restrictions à la Concurrence de l'Allemagne
Ltd.	Limited
M&A	Merger & Acquisition
MF	Ministère des Finances
Moftec	Ministère du Commerce extérieur et de la Coopération économique
MOC	Ministère du Commerce/Ministry of Commerce
NRE	Loi sur les Nouvelles Régulations Economiques
OFT	Office of Fair Trading du Royaume-Uni
op.cit.	Opus citatum, dans l'ouvrage cité
p.	Page
PCC	Parti communiste de Chine
PUF	Presses Universitaires de France
QFII	<i>Qualified Foreign Institutional Investors</i>
RAS	Région administrative spéciale
R&D	Research and development

SAFE	State Administration of Foreign Exchange
SCSP	Service du Contrôle et de la Surveillance du Prix
SOOS	Sociétés offshores à objectif spécial
Trad.	Traduire
ADPIC	Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle touchant au Commerce
vol	Volume (TRIPs)
ZES	Zones économiques spéciales

Sommaire

Première partie

L'ETABLISSEMENT DES CONDITIONS DE LA LIBRE CONCURRENCE EN CHINE

TITRE I L'ELABORATION DU SYSTEME DE L'ECONOMIE DE MARCHE

Chapitre 1 Vue historique de l'économie chinoise et du droit chinois
économique

Chapitre 2 L'organisation du marché chinois

TITRE II L'ARBITRAGE DU JEU DE CONCURRENCE AU SEIN DU MARCHE CHINOIS

Chapitre 1 L'application administrative des règles de concurrence

Chapitre 2 Le contrôle juridictionnel de l'application des règles de concurrence

Seconde partie

LA MISE EN PLACE D'UN SYSTEME EFFICACE DU DROIT CHINOIS DE LA CONCURRENCE

TITRE I LE CONTROLE DES STRUCTURES

Chapitre 1 La politique encourageante des concentrations d'entreprises

Chapitre 2 La politique du contrôle des concentrations

TITRE II LE CONTROLE DES COMPORTEMENTS ANTICONCURRENTIELS

Chapitre 1 Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles

Chapitre 2 Le contrôle de concurrence déloyale et d'abus des droits de
propriété industrielle

CONCLUSION GENERALE

TABLE DES MATIERES

Thèse de Doctorat / février 2011	1
<i>Résumé</i>	4
<i>Principales abréviations</i>	6
<i>Sommaire</i>	9
<i>TABLE DES MATIERES</i>	10
<i>Introduction</i>	27
Section 1 Aspects de la culture juridique traditionnelle chinoise	29
§1. Aperçu de l'évolution des pensées juridiques traditionnelles chinoises - Quatre périodes de développement	29
1. Période primitive du 21 ^e siècle à l'an 536 avant J.-C.	30
2. Période de coexistence de quatre écoles de pensée juridique de l'an 536 à l'an 202 av. J.-C.	31
1 ^o Ecole de Ru	31
2 ^o Mocianisme	36
3 ^o Taoïsme	38
4 ^o L'école légiste	41
3. Période du monopole du confucianisme de l'an 202 av.J.-C. jusqu'à l'an 1840 (l'an de la Guerre de l'Opium)	45
4. Période tumultueuse d'invasion des systèmes juridiques occidentaux de 1840 à l'an 1949	46
§2. Empreintes des pensées juridiques traditionnelles chinoises sur le droit de la concurrence 47	
I. Caractéristiques du système juridique moderne de la Chine sous l'emprise du Confucianisme	47
1. Impossibilité d'une politique bicéphale ou d'un gouvernement bipartite actuellement en Chine. Les privilèges issus de la hiérarchie mettent sans cesse en cause l'égalité de la loi.	48
2.	49
La tradition de non-séparation des pouvoirs administratif et judiciaire subsiste toujours: chaque juridiction se soumet au budget de gestion de l'administration de l'échelon correspondant. Ce type de régime entraîne trois effets qui sont liés les uns aux autres. _	49
3. La haute estime de Confucius pour la vertu a repris sa position de pair avec la loi dans les doctrines juridiques chinoises. Le co-fonctionnement de la morale et du droit en tant	

que deux moyens importants pour maintenir l'ordre social produit deux effets non négligeables. _____	51
4. Le pragmatisme du Confucianisme nous assure que le système juridique chinois ne pourra plus jamais revenir à l'ancien système juridique féodal, ni devenir une copie du système juridique occidental contemporain _____	52
II. Empreintes des pensées confucianistes sur le droit de la concurrence _____	54
1. Lenteur du processus de la législation _____	54
2. Souplesse d'adaptation en adoptant des méthodes occidentales _____	56
3. Simplicité des techniques législatives _____	57
4. Supériorité de l'application administrative sur l'application judiciaire _____	59
5. Difficulté de se renseigner sur les dossiers d'un procès ou d'une affaire _____	59
6. Urgence de régler le problème de monopole administratif _____	60
Section 2 Aspect d'inspiration européenne _____	64
§1. L'influence du système juridique européen sur la modernisation du droit chinois _____	65
I. Vue historique _____	65
1. Première vague d'influence du système européen _____	65
2. La deuxième et la troisième vague de l'influence européenne _____	72
II. Transformation du système juridique chinois sous l'influence européenne _____	76
§2. Aspects d'inspiration européenne du droit chinois de la concurrence _____	80
I. Possibilité de l'inspiration européenne due au rapprochement entre deux systèmes de la concurrence dans l'établissement de l'économie de marché _____	80
1. _____	80
Similarité dans l'établissement de l'économie de marché _____	80
2. Similarité dans les deux systèmes juridiques _____	89
II. Dualité de l'inspiration européenne dans le régime chinois juridique de la concurrence _____	93
1. Inspiration morale _____	93
2. Inspiration du droit positif _____	95
 Première Partie L'ETABLISSEMENT DES CONDITIONS DE LA LIBRE	
CONCURRENCE SUR LE MARCHE CHINOIS _____	98
 TITRE I L'ELABORATION DU SYSTEME DE L'ECONOMIE DE MARCHE _____	98
Chapitre 1 Vue historique de l'économie chinoise et du droit chinois économique _____	99
Section 1 Développement économique de la Chine de l'époque féodale à l'époque moderne de la réforme et de la politique d'ouverture _____	99
§1. Caractéristiques de systèmes économiques avant la réforme de 1978 _____	100
I. Système économique féodal _____	100
A. Le statu quo économique à l'apogée du confucianisme _____	100
B. Caractéristiques du système économique de la Chine impériale _____	101
1. Le tribut et le fermage constituent la base de demande du marché _____	101
2. Les paysans individus constituent la base de production _____	102

3. La capacité de production est peu importante par rapport à la dimension du marché	103
II. Système économique dirigiste et planifié et sa répercussion après la libération 1949	104
A. La politique économique de la nouvelle démocratie du PCC	104
1. La formation de la politique économique de la nouvelle démocratie	104
2. Le rôle déterminant de la pensée de dix grands rapports dans le développement chinois	105
B. La mise en place du système économique dirigiste et planifié	108
1. Facteurs principaux déterminant le choix d'un système économique dirigiste	108
2. Etat des lieux du système économique dirigiste et planifié	110
§2. Le système économique chinois dans la réforme et la politique d'ouverture	114
I. Réformes entre 1978 et l'adhésion de la Chine à l'OMC	114
A. Réforme du système de gestion micro-économique	114
1. La première phase de réforme de gestion des entreprises d'Etat (1979-1986)	115
2. La deuxième phase de réforme (1986- 1994)	116
B. Réforme du mécanisme d'allocation planifiée des ressources	118
1. Sur le système de gestion des produits semi-finis	118
2. Sur le commerce extérieur	118
3. Sur le système de gestion financière	119
C. Réforme de l'environnement macro-économique	120
1. La politique des prix	120
2. La politique de change	121
II. L'adhésion de la Chine à l'OMC : processus de négociation et apports des engagements	122
A. Réformes dans le processus de l'adhésion de la Chine à l'OMC	122
1. Première phase – les efforts pour rentrer au sein du GATT	122
2. Seconde phase du processus de l'adhésion à l'OMC	125
B. Apports des engagements chinois à l'OMC	126
1. Engagements douaniers et du marché ouvert	126
2. Impacts économiques de l'adhésion de la Chine à l'OMC	127
Section 2 Développement du droit chinois économique	128
§1. Droit chinois économique avant la réforme de 1978	129
I. Système juridique féodal économique	129
A. La naissance et le contenu principal du droit économique du féodalisme	129
1. Origine du droit économique dans la société esclavagiste (21^e siècle – 221 av. J.-C.)	129
2. Le corps du droit chinois économique féodal et ses vicissitudes	132

B. Caractéristiques du droit économique impérial	136
II. Evolution du droit contemporain chinois des affaires	138
A. Processus de l'évolution	138
1. Période de la fin de la dynastie Qing (1840-1911)	138
2. Période du gouvernement du Parti national (1912-1949)	139
3. Période des trente premières années du Gouvernement socialiste (1949-1979)	141
B. Apports de l'évolution du droit chinois des affaires	141
§2. Confection du système du droit commercial chinois après 1978	143
I. Polémique concernant l'édification du système du droit commercial	143
A. Débat sur la modalité législative du droit commercial	143
1. Rapport entre le droit civil et le droit commercial	143
2. Attitude envers la culture traditionnelle	148
B. Critiques au système actuel du droit commercial	148
1. Faiblesses dans le système actuel	148
2. Réflexion sur les principes de reconstruction	149
II. Processus pour établir le système du droit commercial et les sources du droit commercial chinois	150
A. Aperçu chronologique	150
B. Les sources	154
1. Les sources directes	154
2. Les sources indirectes	155
Chapitre 2 L'organisation du marché chinois	157
Section 1 La dimension du marché chinois	157
§1. Zones géographiques	158
I. La Zone sud-est côtière et intérieure	159
A. Etendue de la zone	159
B. Les politiques dédiées au développement de la zone	159
1. La politique de «la porte ouverte» en faveur de la zone est côtière depuis 1978	159
2. La création des 'Zones économiques spéciales' (ZES) de 1979 à 1984	161
3. Les sixième et septième plans quinquennaux de 1983 à 1991	163
II. La Zone nord-est	164
A. Position économique de la zone nord-est et difficultés de la réforme	164
B. Les politiques de réforme dans cette zone	165
1. La réforme préliminaire	165
2. La réforme approfondie—l'instauration du système de l'entreprise moderne	166
3. La stratégie du redressement de l'ancienne zone industrielle du Nord-est	167

III. La Zones ouest _____	168
A . Délimitation de la zone de l'ouest et son environnement général _____	168
B. L'évolution de la politique gouvernementale à l'égard de l'Ouest _____	169
1. Evolution de la politique principale relative à l'ouverture de l'Ouest __	169
2. Performance remarquable de la mise en œuvre de la stratégie de l'Ouest	
_____	172
§2. Marchés économiques et juridiques -- Marchés spéciaux _____	173
I. Les secteurs libéralisés _____	174
A. Le secteur automobile _____	174
1. Difficultés dans le secteur automobile _____	174
2. Politique de développement de la construction automobile _____	175
B. Le secteur de télécommunication _____	176
1. La démarche de libéralisation _____	176
2. L'ouverture aux investissements directs étrangers _____	178
II. Les secteurs libéralisés sous mesures restreintes _____	179
A. Le secteur de la distribution _____	179
1. Les réseaux de distribution en Chine _____	180
2. Réglementations relative à la distribution _____	182
B. Le secteur immobilier _____	186
1. Façons des investisseurs étrangers d'accéder au marché immobilier ____	186
2. La réglementation dans le secteur immobilier _____	188
Section 2. Transparence du marché chinois _____	191
§1. Engagement chinois du principe de transparence de l'OMC _____	191
I. Le principe de transparence de l'OMC _____	191
II. Engagements spéciaux de la Chine au principe de transparence de l'OMC _____	194
A. Les particularités des engagements chinois en matière de transparence _	194
1. La création d'une période raisonnable pour la présentation de toutes	
observations du public devant les autorités compétentes avant la mise en	
application des mesures concernées _____	194
2. L'obligation de répondre à la demande publique de renseignement dans un	
délai fixé _____	196
3. La traduction de toutes les réglementations, les lois, les mesures	
concernées en d'autres langues officielles de l'OMC _____	196
B. Obligations supplémentaires de la Chine en matière de transparence ____	198
1. Six aspects des obligations supplémentaires _____	198
2. Accomplissement des engagements chinois en matière de transparence	200
§2. Rapport de l'information commerciale et la transparence du marché _____	204
I. Les véhicules coexistants en langues de l'information _____	204
A. Usage popularisé de la langue Mandarin – le chinois _____	205
1. Situation historique et actuelle _____	205

2. Usage quasi-obligatoire et popularisé de la langue Mandarin par la loi	207
B. Position en haute estime et protection des langues ethniques minoritaires	208
1. La politique de la protection des langues ethniques minoritaires	209
2. L'importation de mots étrangers	214
II. Instrument juridique principal pour cristalliser les informations commerciales sur le marché chinois	216
A. Le régime des prix	217
1. Rôle des professionnels de la fixation des prix	220
2. Rôle de l'Etat concernant la fixation des prix	225
B. Le régime de l'information sur les prix	231
1. Obligation d'annoncer publiquement les prix	231
2. Obligation de respecter les prix annoncés	233
3. Obligation de facturer	234
 TITRE II L'ARBITRAGE DU JEU DE LA CONCURRENCE AU SEIN DU MARCHE CHINOIS	 238
Chapitre 1 L'application administrative des règles de concurrence	239
Section 1. Constitution des institutions de la concurrence	239
§1. Préparation de l'établissement des institutions de la concurrence	239
I. Deux voies de recherches scientifiques	239
A. La première voie au début des années 80 du 20e siècle	240
B. La deuxième voie à la fin des années 80 du 20e siècle	240
II. Trois modèles de référence	242
A. La concomitance des organes de tutelle de la concurrence et la juridiction	242
B. La concomitance des organes de tutelle et de consultation de la concurrence avec la juridiction	245
C. La concomitance d'un organe unique de tutelle de la concurrence avec la juridiction	249
§2. L'institutionnalisation réalisée	252
I. Structure du système d'application administrative du droit de la concurrence	253
II. Travaux futurs pour perfectionner et compléter ce régime	254
Section 2. L'organisation et la compétence des institutions de la concurrence	255
§1. Organisation des institutions de la concurrence	256
I. La Commission antimonopole	256
II. Trois Organes généraux, au niveau ministériel, de l'application de la Loi antimonopole	257
§2. Compétences des institutions d'application du droit de la concurrence	258
I. Le rôle de la Commission antimonopole	258
A. Missions principales de la Commission antimonopole	259
1. Étudier et élaborer la politique concernant la concurrence	259

2. Organiser pour enquêter et évaluer l'état concurrentiel du marché et publier le rapport d'évaluation	259
3. Élaborer et publier les lignes directrices concernant l'application de la Loi antimonopole	260
4. Coordonner les travaux des Organes généraux de la concurrence	260
B. Autres missions	261
II. Les compétences des Organes généraux de la concurrence	263
A. Les pouvoirs généraux des Organes généraux de la concurrence	263
1. Le pouvoir d'enquête et de détection	264
2. Le pouvoir d'autorisation	264
3. Le pouvoir de prendre la sanction administrative	265
4. Le pouvoir d'offrir la consultation	265
5. Le pouvoir de prise de la décision administrative	265
6. Le pouvoir de réglementer	266
B. Les attributions de chaque Organe général de la concurrence	267
1. Les attributions de la Direction antimonopoles du MOC	267
2. Les attributions du BRMCD de l'AIC	269
3. Les attributions du SCSP de la CNDR	270
III. Particularités et défis du système de l'application administrative des règles de concurrence en Chine	274
Chapitre 2 Le contrôle juridictionnel de l'application des règles de concurrence	278
Section 1 La juridiction compétente	278
§1. Aperçu global du système judiciaire chinois	278
I. Le système juridictionnel et le système du contrôle judiciaire du jugement	279
A. L'organisation et les modalités du travail des tribunaux populaires	279
1. L'organisation et attributions des tribunaux populaires	279
2. Modalités d'organisation du travail juridictionnel des tribunaux	281
B. Rôle des parquets populaires chinois	283
II. Discussions doctrinales concernant l'application judiciaire du droit de la concurrence	283
A. Problématiques dans l'application judiciaire du droit de la concurrence	283
B. Discussions doctrinales sur le contrôle judiciaire du droit de la concurrence	284
1. Sur le rapport entre l'application administrative et l'application judiciaire	284
2. Sur l'action publique et la juridiction compétente de la concurrence	288
3. Sur l'action privée	291
§2. Instruments judiciaires en matière de concurrence	293
I. Interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême en matière de concurrence	293

A. Le rôle important des interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême dans la procédure contentieuse	293
B. Quelques interprétations judiciaires importantes en matière de concurrence	295
1. «Règlement sur la classification des causes du procès civil» et litiges antimonopolistiques	295
2. «Explications relatives à l'application de la Loi contre la Concurrence Déloyale dans les affaires civiles» et litiges en concurrence déloyale	297
3. «Circulaire relative à la mise en étude et application sérieuse de la Loi antimonopole de la République populaire de Chine» et Juridiction compétente sur les litiges antimonopolistiques	299
II. La procédure judiciaire en droit de la concurrence	302
A. Principes généraux de procédure	302
1. Les droits de la défense	302
2. La collégialité et la dualité d'instance	304
3. La supervision judiciaire des jugements	305
B. La procédure civile et du contentieux administratif	306
1. Règles de la procédure civile	306
2. Règles procédurales du contentieux administratif	315
Section 2 Les modalités du contrôle	323
§1. Sanctions civiles	324
I. Nature juridique de la responsabilité civile en droit de la concurrence	324
A. La responsabilité civile générale	324
1. Le droit des obligations en Chine	325
2. L'exigence du lien de causalité et le renversement de la charge de la preuve	328
B. Distinction de la responsabilité du droit de la concurrence de la responsabilité civile générale	328
1. La concurrence sur un marché donné fait l'objet de la protection du droit de la responsabilité délictuelle en contentieux concurrentiel	329
2. La prévention des infractions aux règles de concurrence fait l'objectif du régime de la responsabilité délictuelle en droit de la concurrence	329
II. La mise en œuvre de la responsabilité civile en droit de la concurrence	331
A. L'élimination d'une infraction	331
1. Jugements au fond	332
2. La détention et les amendes	332
B. Contentieux des dommages concurrentiels	335
1. La réparation issue de l'obligation contractuelle non exécutée	335
2. La réparation issue de la responsabilité délictuelle	336

3. Lecture de l'article 50 de la Loi antimonopole en dommages-intérêts compensatoires et punitifs	337
§2. Sanctions pénales	342
I. Aperçu de la pénalisation du droit des affaires en Chine	342
A. Vue d'ensemble du système pénal de la Chine	342
1. Loi pénale de 1979, révisée en 1997	342
2. La Loi de la procédure pénale de 1979, modifiée en 1997	343
B. Droit pénal économique en Chine	345
1. La doctrine en droit pénal économique en Chine	345
2. La structure du droit pénal économique de la Chine	352
II. La sanction pénale éventuelle en droit de la concurrence en Chine	358
A. Sanctions applicables aux entreprises	358
1. L'article 52 de la Loi antimonopole de 2007	358
2. Sanctions pénales prévues par la Loi pénale	359
B. Sanctions applicables aux fonctionnaires des autorités antimonopolistes	360
1. L'article 54 de la Loi antimonopole de 2007	360
2. Mesures disciplinaires pour les fonctionnaires	361
§3. Sanctions administratives	362
I. Régime juridique des sanctions administratives	362
A. Mesures administratives répressives	363
1. Les formes des mesures administratives répressives	363
2. La distinction entre la détention administrative et pénale	364
B. Les mesures administratives de coercition	364
II. Sanctions administratives dans la Loi antimonopole de 2007	365
A. Les formes de la sanction administrative aux entreprises	365
B. Les formes de sanction administrative aux abus de pouvoirs administratifs	368
1. Sanction aux abus de pouvoir des autres administrations	368
2. Sanctions applicables aux fonctionnaires des autorités antimonopolistiques	369
<i>Seconde Partie LA MISE EN PLACE D'UN SYSTEME EFFICACE DU DROIT DE LA CONCURRENCE EN CHINE</i>	370
TITRE I LE CONTROLE DES STRUCTURES	370
Chapitre 1 La politique d'encouragement des concentrations d'entreprises	371
Section 1 Réformes du système d'entreprises	371
§1. Acteurs économiques dans le droit chinois des sociétés	371
I. Distinction entre la notion d'«entreprise» et celle de «société»	371
II. Formes des entreprises existantes et leurs statuts juridiques	374
A. Unités économiques de structure non-sociale	375

1. Unité individuelle ou familiale de l'industrie et du commerce en urbain et en rural ('城镇个体工商户', 'chengzheng geti gongshang hu')	375
2. Entreprise privée en partenariat ('私人合伙企业', 'siren hehuo qiye')	376
3. Entreprise unipersonnelle ('个人独资企业', 'geren duzi qiye')	377
4. Entreprise en partenariat par actions ('股份制合伙企业', 'gufenzhi hehuo qiye')	377
B. Unités économiques de structure sociale	377
1. Société à responsabilité limitée (SARL, '有限责任公司', 'youxian zeren gongsi')	377
2. Société anonyme (SA, '股份有限公司', 'gufen youxian zeren gongsi')	379
3. Société unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL, '一人有限责任公司', 'yiren youxian zeren gongsi')	380
4. Société à capital exclusivement étatique (SCE, '国有独资公司', 'guoyou duzi gongsi')	381
§2. Politiques des Groupes d'entreprises	381
I. Plusieurs étapes politiques du développement des groupes d'entreprises	382
A. Concentration des entreprises par leur propre initiative et poussée par la politique	382
1. Développement du groupe pilote des entreprises de 1991 à 1996	383
2. Développement renforcé de la concentration d'entreprises de 1996 à 2000	384
B. Concentration réglementée par le Gouvernement depuis 2001	386
II. Questions juridiques soulevées par la formation des groupes d'entreprises	387
A. Notion juridique de groupe d'entreprises	387
1. Définition de 'groupe d'entreprises' en Chine	388
2. Structure principale du groupe d'entreprise	390
B. D'autres problèmes non résolus à l'égard du groupe d'entreprises	392
1. Statut juridique ambigu des groupes d'entreprises	392
2. Instruments juridiques du contrôle insuffisant	396
Section 2 La politique de la fusion et de l'acquisition	399
§1. Fusion et acquisition des sociétés à capital de source exclusivement chinoise	400
I. Evolution du marché du capital	401
II. La charpente réglementaire	405
A. Règles juridiques de la fusion et de l'acquisition sur le marché du capital	405
1. Chapitre V de la Loi des Sociétés de 2005	405

2. Loi sur les Titres de 2005 _____	406
B. Règlements sectoriels publiés par la CRBC _____	409
1. «Communication sur certaines questions relatives à l’achat, à la vente et au transfert des actifs considérables entre les sociétés cotées en bourse» de 2001 _____	412
2. «Procédés administratifs de la fusion et de l’acquisition des sociétés cotées en bourse» de 2006 _____	413
§2. Régime particulier de fusion et d’acquisition intervenue par les fonds étrangers _	418
I. Questions essentielles sur le régime de fusion et d’acquisition effectuées par les fonds étrangers _____	418
A. Quelques définitions _____	419
1. « Fonds étrangers » _____	419
2. «Fusion » et «acquisition » _____	421
B. Evolution de la politique et de la pratique de fusion et d’acquisition en Chine effectuées par les fonds étrangers _____	424
II. Régime juridique de fusion et d’acquisition par les fonds étrangers _____	426
A. Opérations ayant nature de fusion ou d’acquisition par les entreprises ou sociétés à participation étrangère _____	427
1. Fusion et scission des entreprises à participation étrangère _____	427
2. Modification du capital social des entreprises à participation étrangère et des sociétés par actions à participation étrangère _____	427
3. Réinvestissement par des entreprises à participation étrangère _____	429
B. Fusion et acquisition par les investisseurs étrangers _____	430
1. Caractéristiques principales de l’acquisition des entreprises chinoises par des investisseurs étrangers _____	431
2. Règlement concernant la fusion et l’acquisition des entreprises chinoises par des investisseurs étrangers – l’Ordonnance n°10 _____	432
Chapitre 2 Le contrôle des concentrations des opérateurs économiques _____	438
Section 1 Les conditions de contrôle des concentrations _____	439
§1. Définition d’une concentration contrôlable _____	440
I. Notion de concentration et les formes de concentrations contrôlables _____	441
A. Notion de la concentration _____	441
1. Concentrations encouragées par l’article 5 de la Loi antimonopole ____	441
2. Concentrations contrôlables par la Loi antimonopole de 2007 _____	441
B. Typologie des concentrations _____	446
1. Quatre formes de prise de contrôle _____	446
2. Opérateurs économiques concernés _____	448
II. Critères d’une concentration contrôlable _____	451
A. Chiffre d’affaires _____	451
1. Notion de chiffre d’affaires _____	451

2. Calcul du chiffre d'affaires	452
B. Les critères d'une concentration contrôlable	453
1. Critères par son ampleur : le franchissement des seuils	453
2. Critères par son objet	454
§2. L'application territoriale et extraterritoriale	466
I. L'application territoriale	467
A. Délimitation du marché pertinent	467
1. Notions de marché de produits et de marché géographique	467
2. Principes de base de la définition de marché	469
B. Analyse du marché pertinent	471
1. Eléments pris en compte pour la délimitation du marché pertinent	471
2. The hypothetical monopolist test	473
II. L'application extraterritoriale des règles de contrôle des concentrations	475
A. Principes de l'application extraterritoriale du contrôle des concentrations	475
1. La théorie de territorialité	475
2. La théorie des effets	476
B. Le principe de sécurité nationale	480
1. Menace latente à la sécurité nationale	480
2. Le contrôle pour raison de sécurité nationale	481
Section 2 Procédure et remèdes pour le contrôle des concentrations	482
§1. La procédure du contrôle des concentrations	482
I. La notification préalable	482
A. Notifications et autres documents	483
1. Personnes habilitées à déposer des notifications	483
2. Réunion en prénotification et dossiers à joindre à la notification	484
B. Complément et rétractation de la notification	487
1. Complément à la notification	487
2. Rétractation de la notification	488
II. Une procédure en deux temps	489
A. Procédure de phase I	489
1. Examen de l'intégralité des documents	489
2. Le délai de première phase et ses effets	490
B. Procédure de phase II	490
1. Le délai et la prorogation de délai	490
2. Droits reconnus aux entreprises concernées par la concentration	492
§2. Les décisions et les remèdes	495
I. Décisions de l'autorité compétente du contrôle des concentrations	495
A. Autorisations de l'opération	495
1. Autorisations complètes	495

2. Autorisations sous conditions : les engagements des opérateurs	495
B. Interdictions	498
1. Interdictions totales	498
II. Les remèdes	500
A. Amendes aux infractions	500
1. Des infractions possibles d'amendes	500
2. Faible dissuasion des amendes	500
B. Contrôle judiciaire	501
 TITRE II LE CONTROLE DES COMPORTEMENTS ANTICONCURRENTIELS	 502
Chapitre 1 Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles	502
Section 1 Le contrôle des abus de position dominante	502
§1. La notion de position dominante	502
I. Généralités	502
A. Les méthodes d'analyse d'une position dominante	502
1. Critère de résultat	503
2. Critère de comportement	504
3. Critère de structure	505
B. L'instrument juridique du contrôle des abus de position dominante	506
1. Des articles épars sur la restriction des abus de position dominante (hors Loi antimonopole)	507
2. Le Chapitre III de la Loi antimonopole de 2007	508
II. Le concept de position dominante	509
A. La définition de «position dominante»	509
1. Les acteurs économiques concernés et les formes de la domination	509
2. La notion de «position dominante»	513
A. Les éléments caractérisant la position dominante	515
1. Les éléments concernant l'opérateur en cause	516
2. Les éléments concernant les opérateurs concurrents	521
§2. Les exploitations abusives de position dominante	523
I. La notion d' «abus de position dominante»	523
A. Les notions	523
1. Notion d' «abus»	523
2. Notion d' «abus de position dominante»	523
B. Deux conceptions d'abus de la position dominante	524
1. Abus d'exploitation	524
2. Abus d'exclusion	525
II. Les comportements abusifs des opérateurs économiques	526
A. Les formes des comportements abusifs au sens de l'article 17 de la Loi antimonopole	526

1. Les comportements abusifs prévus par l'article 17 de la Loi antimonopole	526
2. Points communs des articles 17 de la Loi antimonopole et 82 du Traité CE et différences	536
B. Les comportements d'entreprises publiques détenant une position dominante	538
1. La situation de monopole maintenue par les entreprises publiques en Chine	538
2. Contrôle juridique des comportements abusifs d'entreprises publiques par la Loi antimonopole	543
Section 2 Le contrôle des ententes	545
§1. Les principes de prohibition et d'exemption des ententes	545
I. Les principes de prohibition	546
A. Notions	546
1. Définition des accords monopolistes	546
2. Les éléments constitutifs de l'accord monopoliste	548
B. Les théories juridico-économiques dans l'analyse de l'effet anticoncurrentiel d'une entente prohibée par la loi	551
1. La règle de raison et la règle d'interdiction per se	551
2. La théorie du seuil de sensibilité	554
II. Le système d'exemption	555
A. Généralités	555
1. Les principes d'exemption	555
2. La rédaction inspirée du système européen d'exemption dans l'article 15 de la Loi antimonopole en Chine	556
B. L'article 15 de la Loi antimonopole	558
1. Exemption des articles 13 et 14	558
2. Clause de protection du commerce étranger	562
§2. Les formes principales d'ententes en droit chinois	564
I. Accords horizontaux	564
A. Généralités	564
B. Les formes d'accords horizontaux	565
1. Accords horizontaux d'étouffement de la concurrence	565
2. Accords horizontaux de cloisonnement des marchés	576
II. Accords verticaux	577
A. Notion et effet d'un accord vertical	577
B. Les formes des accords verticaux en droit chinois	579
1. Les restrictions verticales portant sur le prix de revente	579
2. Autres restrictions verticales définies par l'autorité chinoise de concurrence	580

Chapitre 2 Le contrôle de concurrence déloyale et d'abus des droits de propriété intellectuelle	582
Section 1 Le contrôle de concurrence déloyale	582
§1. Principes doctrinaux du droit contre la concurrence déloyale	582
I. Conception et application du droit contre la concurrence déloyale	582
A. Conception du droit contre la concurrence déloyale	583
1. Un palliatif faisant face à la nécessité urgente du développement économique	583
2. Les finalités du droit contre la concurrence déloyale	586
B. Application administrative et judiciaire de la Loi contre la concurrence déloyale	591
1. L'application administrative	592
2. L'application judiciaire	594
II. Les éléments constitutifs de la concurrence déloyale	598
A. Sujet et objet des comportements en concurrence déloyale	598
1. Les acteurs du comportement en concurrence déloyale	598
2. Les objets lésés par les comportements en concurrence déloyale	602
B. L'étendue des comportements en concurrence déloyale	605
1. Qualification de comportement déloyal par la disposition générale et celles à titre énumérateur	605
2. Classification des comportements en concurrence déloyale	612
§2. Les formes principales de la concurrence déloyale	613
I. Formes principales dans la Loi contre la concurrence déloyale de 1993	613
A. Actes de la concurrence déloyale lésant les intérêts des concurrents	614
1. La confusion visée par l'article 5	614
2. La divulgation du secret d'affaires d'autrui visée par l'article 10	617
3. La vente à prix inférieur au prix de revient visée par l'article 11	619
4. Le dénigrement visé par l'article 14	621
A. Actes de la concurrence déloyale affectant les intérêts des consommateurs	624
1. La publicité trompeuse visée dans l'article 9	624
2. La vente avec primes dans l'article 13	625
II. Acte déloyal perturbant le marché économique et la société	628
A. Généralités sur le pot-de-vin d'affaires	629
1. La notion du pot-de-vin d'affaires	629
2. Les éléments constitutifs de pot-de-vin d'affaires	633
B. Les formes et responsabilités juridiques de pot-de-vin d'affaires	635
1. Formes de pot-de-vin d'affaires en Chine	635
2. Responsabilités juridiques de pot-de-vin d'affaires	637
Section 2 Contrôle d'abus des droits de propriété industrielle	640

§1. Théories reconnues par les juristes chinois de la relation entre le droit de la concurrence et celui de la propriété intellectuelle	641
I. La possibilité de conflit et la nécessité de conciliation	641
A. Le conflit entre deux systèmes juridiques	641
B. Conciliation et convergence de deux systèmes juridiques	643
1. Conciliation de deux systèmes juridiques	643
2. Convergence des finalités des deux systèmes juridiques	644
II. Le rôle du droit de la concurrence dans le contrôle d'abus des droits de propriété intellectuelle	645
A. Aperçu général des systèmes américain et européen antimonopoles dans le domaine de la propriété intellectuelle	647
B. Quelques réflexions après l'étude comparée	651
1. Double protection des droits de propriété intellectuelle et rôle du droit de la concurrence vis-à-vis des droits exclusifs de propriété intellectuelle	651
2. Tâtonnement admirable de l'Union européenne à l'instar des expériences américaines	652
§2. Le régime chinois du contrôle des abus des droits de propriété intellectuelle	655
I. Sources du régime chinois de contrôle des abus des droits de propriété intellectuelle	656
A. Caractéristiques principales du droit chinois de la propriété intellectuelle	656
1. La vitesse fabuleuse instituant le système juridique de propriété intellectuelle	656
2. Le paradoxe d'un haut niveau de protection associé à un développement considérable des contrefaçons	658
B. Les règles restrictives aux droits de propriété intellectuelle	660
1. Règles restrictives au sein du droit de propriété intellectuelle	660
2. Règles de contrôle de l'abus des droits de propriété intellectuelle	663
II. L'application de la Loi antimonopole aux abus des droits de propriété intellectuelle	665
A. Caractéristiques du régime de contrôle des abus des droits de propriété intellectuelle au regard du droit de la concurrence	666
1. Problématique de «l'abus des droits de propriété intellectuelle » dans l'article 55	666
2. Caractéristiques principales du régime de contrôle des abus instauré par l'article 55	668
B. L'application de la Loi antimonopole aux abus de propriété intellectuelle	670
1. Pratiques anticoncurrentielles dans l'exercice des droits de propriété intellectuelle	670
2. Acquisition des droits de propriété intellectuelle dans la concentration d'entreprises	676

<i>Conclusion générale</i>	679
<i>Bibliographie</i>	686
<i>Table des annexes</i>	709
Annexe I	710
Annexe II	722
Annexe IV (tableau 2)	731
Annexe V (tableau 3)	732
<i>Index alphabétique (Les Chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)</i>	733

Introduction

J'ai posé les principes, et j'ai vu les cas particuliers s'y plier d'eux-mêmes, les histoires de toutes les nations n'en être que les suites, et chaque loi particulière liée avec une autre loi, ou dépendre d'une autre plus générale.... Bien des vérités ne se feront sentir qu'après qu'on aura vu la chaîne qui les lie à d'autres.

----- Montesquieu¹

I. Nul ne saurait contester que le développement de la concurrence constitue l'un des aspects les plus prégnants de la réforme générale de la Chine, dont le franc succès depuis plus de 30 ans suscite l'intérêt du monde entier². Force est de constater que, de même que la croissance actuelle de l'économie chinoise est le fruit d'interactions entre éléments intrinsèques et extrinsèques, le processus de réforme du droit de la concurrence n'est guère isolé et indépendant. L'édification du régime juridique de la concurrence à travers la promulgation de la Loi antimonopole de la République Populaire de Chine de 2007 témoigne à son tour d'une influence réciproque de la culture traditionnelle juridique chinoise et des systèmes juridiques européen et américain. Ce sujet fait donc l'objet d'une étude comparative approfondie, à la fois verticale (dans le temps, en Chine) et horizontale (dans l'espace, entre la Chine et le reste du monde, notamment l'Europe), aux détails parfois fastidieux, mais néanmoins

¹ *De l'Esprit des Lois*, Préface.

² Quatrième puissance économique mondiale, deuxième puissance du pouvoir d'achat, troisième exportateur de biens à partir de 2005, la Chine a vu sa croissance s'accélérer et maintenir tout au long de la première décennie du 21^e siècle où le taux de croissance annuel moyen du PIB a maintenu toujours autour de 10 %.

indispensables, car « *plus on réfléchira sur les détails, plus on sentira la certitude des principes* »³ qui mêlent héritage et imitation.

Les tendances de la globalisation économique et commerciale favorisent la mondialisation du droit de la concurrence⁴. On observe une prolifération de lois «antitrust» sur tous les continents. Ces nouvelles lois puisent leur inspiration dans les principaux systèmes occidentaux de protection de la concurrence sur les marchés intérieurs : le régime juridique antitrust des Etats-Unis d'Amérique et celui de l'Union européenne. Il est impossible d'examiner le droit chinois de la concurrence sans étudier ces deux grands systèmes. « *Pour que le droit comparé remplisse le rôle qui lui revient, il faut que les juristes cessent de se concentrer sur l'étude de leur seul droit national, et il faut que, en toute occasion propice, ils fassent usage de la méthode comparative* »⁵. Ainsi, ces travaux ne pourront être achevés que par une approche comparative. Car « *Comparer consiste à établir des rapports de ressemblances et de différences entre les termes d'un savoir, puis à en mesurer l'ampleur, à en chercher les raisons et à en apprécier la valeur.* »⁶

Cependant, le postulat d'un système antitrust nord-américain - berceau du droit de la concurrence de tout pays⁷ fait soustraire celui-ci du barycentre de notre étude comparée. Seul le système juridique de concurrence de l'Union européenne retient notre regard, car il suit l'exemple américain et cumule l'expérience enrichissante des pratiques législatives et jurisprudentielles. Rien n'est donc plus facile pour la Chine que de marcher dans le sillage de l'Union européenne. C'est ainsi que notre étude de la réforme du droit chinois de la concurrence s'attachera à montrer les deux aspects du régime antimonopoliste de la Chine, à savoir, l'héritage de la culture juridique chinoise (Section 1) et l'inspiration du système européenne (Section 2).

³ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Préface.

⁴ Avant-propos de « Mondialisation et droit de la concurrence » sous la direction de Walid Abdelgawad. Litec, 2008. p.9.

⁵ L. VOGEL, Avant-propos de *Cinq ans de droit comparé dans le monde, 2002*, citation de René David et Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 1992.

⁶ Yves –Marie Laithier, *Droit comparé*, Dalloz, 2009. p. 1.

⁷ Anne Chareyre de Beaumont, *Droit de la concurrence et Globalisation*, thèse doctorale de l'Université Panthéon-Assas, dirigée par M. Louis VOGEL. p. 120.

SECTION 1 ASPECTS DE LA CULTURE JURIDIQUE TRADITIONNELLE CHINOISE

2. *«Toute pensée juridique contemporaine a ses propres caractéristiques correspondant à son époque, mais, elle est en même temps l'héritière des pensées antérieures. L'étude de cette continuité nous aide à comprendre le système juridique d'un pays avec de nouveaux horizons à la fois objectifs et impartiaux. Au travers de cette méthode comparative verticale, nous pouvons non seulement discerner les mérites et les manques des pensées antérieures, mais aussi nous rendre compte des problèmes principaux existant dans les pensées contemporaines.»*⁸

*«A travers la Guerre de l'Opium de 1840, la Guerre d'envahissement de la coalition franco-anglaise de 1860 et l'établissement de la primauté de la juridiction consulaire des pays de l'Europe ouest en Chine, le système juridique chinois a été refondé, la plupart des branches du droit imitant la forme et le contenu du système juridique romano-germanique depuis 1890. Cependant, ce système mimétique n'était reconnu que par les juristes et les intellectuels des grandes villes. La majorité du peuple chinois conservait les anciennes pensées juridiques et suivait les coutumes juridiques héritées des millénaires passés. Il est utile d'étudier les pensées juridiques traditionnelles, si l'on s'intéresse au système juridique de la Chine.»*⁹

Ainsi, un survol de l'évolution des pensées juridiques traditionnelles chinoises (§1) permettra d'entrevoir leur impact sur le droit chinois de la concurrence (§2) qui constitue la plus jeune branche dans la famille juridique de la Chine.

§1. Aperçu de l'évolution des pensées juridiques traditionnelles chinoises - Quatre périodes de développement

3. L'histoire des pensées juridiques chinoises remonte au 21^e siècle avant J.-C., consignée par l'écriture idéographique chinoise et marquée par l'événement selon lequel «YU lègue son trône à son fils QI» (‘禹传子启’, ‘yu chuan zi qi’). En quatre mille ans, les pensées juridiques chinoises ont traversé quatre périodes successives.

⁸ Cité par YANG Honglie dans *Histoire des pensées juridiques de la Chine*, édition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 1997, p.4-5.

1. Période primitive du 21^e siècle à l'an 536 avant J.-C.

4. Couvrant trois grandes dynasties d'esclavagistes- Xia, Shang et Zhou (夏、商、周), cette période est caractérisée par la théocratie au plan politique, et par le droit coutumier pénal au niveau juridique. En tant que premier corps juridique, « *le droit pénal de Yu naquit dans les troubles sociaux de la dynastie Xia* » ('夏有乱政, 而作禹刑', 'xiayou luanzheng, erzuo yuxing')¹⁰, constitués de trois crimes et cinq supplices atroces. Les litiges furent tranchés par les administrations centrale et locale selon les épreuves des ordales. Apparu sous la dynastie Shang, le droit écrit fut inaccessible pour le public, le monarque et les aristocrates étant les maîtres du droit et les représentants du Ciel ou Dieu céleste appliquant sa volonté sur terre. Ainsi, « *le droit ne doit pas être connu du peuple afin que la force de dissuasion soit incommensurable* » ('刑不可知, 则威不可测', 'xing buke zhi, ze wei buke ce')¹¹.

A la fin de cette première période, sous la dynastie Zhou, le rite ('礼', 'li'), qui désigne au sens large l'ensemble des règles régissant les rapports politiques, juridiques, sociaux et économiques, commençait à dominer tous les aspects de la vie quotidienne de la société. Son contenu était principalement centré sur la politique, le droit et la religion ('宗法制度', 'zongfa zhidu')¹². D'où découlaient les principes moraux suivants : loyauté ('忠', 'zhong'), piété filiale ('孝', 'xiao'), modération ('节', 'jie'), fidélité et droiture ('义', 'yi'), bienveillance et charité ('仁', 'ren'), indulgence ('恕', 'shu'), probité et justice ('廉', 'lian'), intégrité et pudeur ('耻', 'chi') et crédit et réputation ('信', 'xin').¹³ Ces principes constitueraient plus tard les principes généraux du Confucianisme.

La période primitive prit fin en l'an 536 avant J.-C. avec le mouvement qui instaura de fixer les règles de droit par écrit sur des vases tripodes d'airain. Dès lors,

⁹ YANG Honglie, *Histoire des pensées juridiques de la Chine*, op.cit. p.5. V. égal., René David, Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, DALLOZ, 2002. p.26.

¹⁰ « 尚书·伊训 ».

¹¹ Zhang Guoan, Bai Xiaodong et Lin Weiming, *Histoire du système juridique de la Chine*, édition du Parquet populaire, 2007. p.35.

¹² Le rite de Zhou comprenait trois systèmes différents, à savoir le système de la succession en faveur du fils aîné, le système d'inféodation et celui du sacrifice au temple des ancêtres.

¹³ *Ibid.* p.3.

«les règles incrustées sur les objets en bronze sont devenues le droit de l'Etat»(‘铸刑书于鼎，以为国之常法’，‘*zhu xingshu yu ding, yiwei guozhi changfa*’)¹⁴.

2. Période de coexistence de quatre écoles de pensée juridique de l'an 536 à l'an 202 av. J.-C.

5. L'époque Pré-Qin (‘先秦时代’，‘*xianqin shidai*’) de l'an 700 à l'an 221 av. J.-C.¹⁵ fut la période la plus florissante de l'antiquité chinoise, coïncidant avec l'âge d'or de l'Occident et le miracle grec¹⁶. Le contexte et la situation étatique à l'époque Pré-Qin en Chine sont assez semblables à ceux du continent européen avant la signature du Traité de Rome en 1957¹⁷: plusieurs Etats vassaux rivalisaient entre eux, chacun ayant un besoin urgent de recruter des intellectuels pour grossir ses rangs afin d'étendre son hégémonie sur les autres, ou au moins ne pas être dévoré par eux. Sans puissance hégémonique parmi ces Etats vassaux, l'atmosphère scientifique et académique était assez libre. D'où naquirent les Cent Ecoles de pensée (‘诸子百家’，‘*zhuzi baijia*’) et le phénomène des débats enthousiastes entre ces écoles (‘百家争鸣’，‘*baijia zhengming*’) dont les quatre principales, l'Ecole des *Ru* (‘儒家’，‘*rujia*’), le Mocianisme (‘墨家’，‘*mojia*’), le Taoïsme (‘道家’，‘*daojia*’) et l'Ecole légiste (‘法家’，‘*fajia*’), furent les plus remarquables et les plus influentes de l'histoire de la Chine. Il convient d'examiner leurs pensées juridiques respectives.

1• Ecole de *Ru*

6. L'école des *Ru* est connue sous le nom de « *ru jia* » (‘儒家’) en chinois. « *Ru* » signifie ‘souple, élégant, lettré et prévenant’, un mot dont Confucius (forme latinisée de KONG Fuzi, Maître KONG, ‘孔夫子’，‘孔子’，551-479 av.J.-C.) baptisa son école, et

¹⁴ «左传·昭公六年».

¹⁵ L'époque de Pré-Qin se compose de deux périodes : celle des Printemps et Automnes (700 av. J.-C. — 487 av. J.-C.) et celle des Royaumes Combattants (487av.J.-C. — 221av.J.-C.) qui porte bien son nom car elle plonge la société chinoise dans une anarchie politique et un chaos social entretenus par d'incessants combats.

¹⁶ Parmi ces grands hommes de l'époque d'or de l'Occident, tels sont Homère, Esopé, Hérodote, Hippodame, Périclès, Socrate, Xénophon, Platon, Aristote. Leur renom a transcendé le temps et l'espace.

¹⁷ Depuis Charlemagne, Edouard III d'Angleterre, Napoléon Bonaparte, Otto Von Bismarck jusqu'à Adolf Hitler, les dirigeants des pays européens ne cessaient de convoiter le territoire des autres pays. L'ambiance de rivalité constante leur permet d'encourager le développement dans tous les domaines dans leurs propres pays d'abord, puis dans l'ensemble du continent européen.

nomma les lettrés et savants qui suivirent sa doctrine. Son système de pensée juridique avait pour but de rétablir le rite de l'ancienne époque fondée sur une politique d'administration de *Ren* ('仁'), c'est-à-dire de bienveillance et de charité. Ce système de pensée est construit en trois niveaux :

Premièrement, le rite ('礼', 'li') de la dynastie Zhou, qui contient tous les éléments des lois, doit être l'instrument de l'administration du gouvernement. L'administration avec li ('礼'), c'est-à-dire avec le rite, a pour finalité d'établir une société harmonieuse ainsi qu'un Etat vertueux. Celui qui pratique le rite pour gouverner un Etat doit avoir les vertus nécessaires.¹⁸ Selon Confucius, «*gouverner avec les vertus est comme la Grande Ourse qui demeure sans bouger, mais est entourée et honorée par tous les autres astres célestes.*»¹⁹ Ainsi, la place de la loi est secondaire. La loi n'est appliquée qu'à ceux qui refusent de se soumettre au gouvernement des vertus et qui ne respectent pas ces vertus eux-mêmes. La loi n'a qu'une fonction de répression. «*Gouvernez à force de lois, maintenez l'ordre à coup de châtiments, le peuple se contentera d'obtempérer, sans éprouver la moindre honte. Gouvernez par les vertus, harmonisez par les rituels, le peuple non seulement connaîtra la honte, mais de lui-même tendra vers le Bien.*»²⁰ Entre l'établissement du rite et du système juridique, Confucius a une préférence: «*si l'on ne restaure pas le rite, la loi et la sanction ne sauraient être efficaces.*»²¹ Ainsi, la restauration du rite par lequel le phénomène criminel sera déraciné est primordiale, les différends civils ou commerciaux pouvant être réglés par l'autodiscipline du peuple selon le rite ou les ordonnances éthiques. A quoi donc serviraient les activités législatives du droit civil ou commercial ? Le rite primordial avec le droit pénal complémentaire suffit à établir une société harmonieuse.

Deuxièmement, un Etat harmonieux et bienveillant doit être un «Etat d'homme»²² et non un Etat de droit. Tout comme son homologue occidental, Socrate, qui professe un «élitisme» en reconnaissant que la politique est l'art le plus difficile qui doit être

¹⁸ *Ibid.* p.3.

¹⁹ Louen-yu, (entretiens) II.1. 《论语·为政, 2.1》：“子曰：为政以德，譬如北辰，居其所而众星共之”。

²⁰ Louen-yu (Entretiens) II.3. 《论语·为政2.1》：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格”

。

²¹ Louen-yu (entretiens) XIII.3. 《论语·子路13.3》：“礼乐不兴，则刑罚不中；刑罚不中，则民无所措手足”

²² Une périphrase euphémique répandue dans le monde académique en Chine, qui désigne un Etat sous le pouvoir despotique d'un seul homme ou d'un seul parti par rapport aux Etats ayant système de séparation des pouvoirs moyennant l'instrument juridique.

réservé à ceux-là seuls qui en sont capables²³, KONG Fuzi pense que seul un homme doté de toutes les vertus dont le sommet demeure la vertu *Ren* (‘仁’, la bienveillance et la charité), peut être un homme de bien (‘君子’, ‘junzi’) capable de conduire le pays vers le développement constant sans le laisser balloter entre les extrêmes, à savoir la richesse excessive et la pauvreté excessive, tout comme l’on marche juste au milieu du chemin sans risque de tomber²⁴. Pour que chacun marche juste au milieu du chemin selon son rang, il vaut mieux faire abstraction de tout esprit de compétition car ce dernier est destructeur et contraire au bien : «*De vrais hommes de bien ne cherchent pas la compétition.*»²⁵

Troisièmement, selon l’école de Confucius, la société doit être fortement hiérarchisée et par conséquent, des privilèges sont accordés aux chefs de chaque cadre hiérarchique, et la loi ne peut être égale. Pour construire une société d’ordre et bien disciplinée, la piété filiale occupe une position centrale parmi toutes les autres vertus. Les relations les plus importantes sont celles qui unissent le père et le fils, le mari et la femme, l’aîné et le cadet, le souverain et le sujet, les amis entre eux. Chaque relation détermine des rôles et des responsabilités spécifiques. Cette société ordonnée et harmonieuse suppose que chacun joue convenablement et sincèrement le rôle qui lui est propre: un père doit à son enfant éducation, soin et formation morale, un enfant doit à ses parents obéissance, respect, et doit également s’occuper d’eux dans leur vieillesse et après leur mort. La relation parent / enfant étant le modèle de base des autres relations, la piété filiale est au fondement de la structure sociale²⁶.

²³ Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, 2001, p.55-57.

²⁴ Louen-yu (Entretiens) VI.29. 《论语·雍也, 6.29》：“子曰：中庸之为德，其至矣乎，民鲜久矣”。

²⁵ Louen-yu (Entretiens) III.7. 《论语·八佾 3.7》：“子曰：君子无所争，必也射乎！揖让而升，下而饮，其争也君子”。

KONG Zi avait une grande estime pour la vertu *Ren* en disant que «l’homme de vertu *Ren* a l’amour envers les autres». La vertu *Ren* dans l’école des lettrés est la vertu la plus noble, celui ayant la vertu *Ren* ayant une personnalité parfaite, car elle constitue la quintessence de toutes les autres vertus. Ainsi, un véritable politicien de vertu *Ren*, l’élite de l’Etat, doit posséder d’autres vertus telles que «yi» (‘义’, fidélité et droiture), «zhong» (‘忠’, loyauté et sincérité), «xiao» (‘孝’, piété filiale et obéissance), «xin» (‘信’, crédit et bonne foi), «shu» (‘恕’, ‘indulgence’), «lian» (‘廉’, ‘probité et intégrité’), «chi» (‘耻’, ‘sens de la justice et pudeur’), «gong» (‘恭’, ‘attitude respectueuse’), «kuan» (‘宽’, ‘générosité’), «min» (‘敏’, ‘sensibilité’), «zhi» (‘智’, ‘sagesse et intelligence’), «yong» (‘勇’, ‘courage et vaillance’), «cheng» (‘诚’, ‘honnêteté et cordialité’), «haoli» (‘好礼’, ‘amour pour le rite et la politesse’), «airen» (‘爱人’, ‘charité’) et «boxue» (‘博学’, ‘érudition’), etc. Quel idéaliste était Confucius ! Cependant, pour impossible qu’il soit de devenir un homme parfait pour gouverner l’Etat, depuis plus de deux mille ans jusqu’à aujourd’hui, les chinois n’ont guère abandonné cette quête noble et idéale, et voient toujours l’homme modèle dans de grands personnages du passé, particulièrement les fondateurs de l’Etat ou des dynasties. Ils aspirent désespérément à la réapparition d’un leader de vertu *Ren* (‘明君’, ‘mingjun’).

V. «*Dialogue familial de Confucius*» §2. 《孔子家语 卷2》；ZHANG Guoan, BAI Xiaodong et LIN Weiming, «*Histoire du système juridique de la Chine*», édition du Parquet populaire, 2007. p.97.

²⁶ Mari et femme se doivent assistance mutuelle, le mari en protégeant son épouse et en subvenant à ses besoins, la femme en étant obéissante et en tenant son ménage. Le frère aîné est responsable de ses cadets qui lui doivent

Dans la sphère politique, en tant que souverain et figure paternelle, le dirigeant doit être un modèle de vertu. La relation entre souverain et sujet est analogue à celle entre parent et enfant. «*Le souverain commande ses sujets avec bienveillance, les sujets le servent avec loyauté et obéissance.*»²⁷ Au besoin, le fonctionnaire doit réprimander le souverain si son autorité n'est pas vertueuse et démissionner plutôt que de servir un despote. «*Lorsque la Voie règne sous le Ciel, montre-toi ; sinon, mieux vaut la retraite*»²⁸. Ainsi, après que les Mongols eurent envahi la Chine et fondé la dynastie Yuan en 1279, et les Mandchous la dynastie Qing, de nombreux dignitaires de la cour impériale précédente choisirent « une retraite vertueuse » plutôt que de servir un souverain « barbare ».

Quant à l'inégalité de la loi, l'école des lettrés de Confucius préconise que «*la roture ne soit pas éduquée par le rite, ni le dignitaire sanctionné pénalement*»²⁹. Ceux qui bénéficient de prérogatives judiciaires sont classés en 8 catégories selon leurs statuts sociaux ('八议', 'bayi'³⁰). Le système de prérogative aux personnes spécifiques a été adopté par toutes les dynasties féodales. A titre d'illustration, dans le Code des lois sous la dynastie Tang³¹, ces 8 catégories étaient : les ascendants de l'empereur et de la reine, des amis et des vieilles connaissances de la famille royale, des hommes de vertu dont la parole et le comportement pouvaient être des règles de comportement pour le peuple, des hommes de capacité, aptes à commander l'armée ou à gérer le gouvernement et dont les vertus pouvaient montrer l'exemple au peuple; des hommes qui avaient apporté de grandes contributions à la fondation ou à la stabilité de l'Etat ; des nobles au dessus de certains grades ; de hauts fonctionnaires ou des généraux militaires assumant leur responsabilité de manière diligente et des hôtes distingués de l'Etat, etc.

En dépit de leur pensée sur l'inégalité de la loi, l'école de Confucius exige que chacun soit traité avec humanité, mais à l'intérieur d'une hiérarchie précise. L'autre représentant de l'école des lettrés, MENG Zi ('孟子', 372-289 av.J.-C.) qui fut un fervent adepte de Confucius, souligne plutôt le bien-être du peuple et le sentiment

déférence. La seule relation pouvant unir des personnes de même rang est celle entre amis, mais là encore une hiérarchisation par l'âge intervient souvent.

²⁷ Louen-yu (entretiens) III. 19. 《论语·八佾》3.19: “君使臣以礼, 臣事君以忠”。

²⁸ *Ibid.*, VIII.13. 《论语·泰伯》8.13: “天下有道则见, 无道则隐”。

²⁹ « Sur le Rite-le Rite de musique ». 《礼记·曲礼》: “礼不下庶人, 刑不上大夫”。

³⁰ Le sens de *Bayi* désigne que la sanction des personnes dans 8 catégories de statuts est discutable.

³¹ Code de lois de Dynastie Tang·Loi des statuts sociaux ». 《唐律·名例律》。

populaire que les privilèges des nobles, en disant que « *le peuple doit être mit au premier rang de la considération, l'Etat au second, et le souverain au troisième, c'est ainsi que le souverain peut agir en correspondant aux aspirations du peuple afin de devenir le fils du Ciel.* »³²

7. Pendant vingt siècles, chaque dirigeant s'est efforcé d'enraciner ces principes de l'école de RU dans l'esprit du peuple. C'est un atout pour gouverner le pays car rien n'est plus facile que de gouverner un peuple éduqué selon les doctrines de Ru à être docile, obéissant et respectueux envers son supérieur. Etonnamment, la pensée confucéenne et celle de Platon d'une politique totalitaire allèrent de pair.³³ Le destin différent des pensées de KONG Fuzi et de Platon est que celle de ce dernier n'eut pas la chance de devenir la pensée officielle du gouvernement des pays occidentaux. Par contre, en Chine, sous l'emprise du noyau de l'école de Ru, l'individu traditionnellement négligé est devenu si insignifiant que l'intérêt des personnes au pouvoir pour le respect de l'ordre public ou le maintien d'une société harmonieuse l'emporte jusqu'aujourd'hui sur les droits fondamentaux de l'homme et le respect de la vie privée.

Après KONG Fuzi, l'Ecole des lettrés (de Ru) voit sa quasi-destruction sous la dynastie Qin dont le premier empereur Qin Shihuang ('秦始皇', règne : 221-210 av. J.-C.) impose sa conception d'un Etat unitaire que servent des intellectuels, visionnaires, œuvrant pour le triomphe de l'unification, de la standardisation. Dans l'état chaotique et combattant, l'empereur et ses conseillers ne croient plus aux valeurs de la vertu d'humanité. Exaspérés par les critiques de ceux qui se recommandent de KONG Fuzi et de MENG Zi, l'empereur et son ministre LI Si ordonnent en 213 avant J.-C. l'autodafé des livres (sauf les ouvrages techniques et médicaux) et l'exécution de plusieurs centaines de lettrés ensevelis vifs en 212 ('焚书坑儒', 'fenshu kengru'). L'école de légiste associée à l'école du Taoïsme devint l'idéologie officielle.

³² « Meng Zi ». «孟子·尽心下»: “民为贵，社稷次之，君为轻，是故得乎丘民而为天子”。

³³ A la même époque en Grèce, Platon décrit dans *La Politique* que «*Les affaires de la République dépendent de la vertu des citoyens pratiquée par eux en vue du bien de l'Etat.* » «*Platon ne songe qu'à assurer le bonheur de l'Etat par la stabilité et par la paix, et c'est pourquoi il voudra des citoyens vertueux, car par ce moyen régneront à la fois l'une et l'autre. Platon est beaucoup plus proche du type ultra-moderne de la dictature que de l'individualisme des démocraties bourgeoises.* » Joseph Laurent, *Essai d'histoire sociale: La Grèce antique.*

2• Mocianisme

8. MO Zi (468-376 av.J.-C.) est le maître d'une école de discipline rigoureusement hiérarchisée dont le maître mot, *Jian'ai* ('兼爱'), terme habituellement traduit par *amour universel*, désigne en réalité un idéal d'altruisme, de générosité et de pacifisme envers tous les êtres sans discrimination de parenté, de rang ou de fortune. «*Pratiquer la vertu d'humanité ou la bienveillance envers autrui ('仁', 'ren'), cela consiste à s'employer à promouvoir l'intérêt général et à supprimer ce qui nuit à l'intérêt général. Or dans le monde actuel, qu'est-ce qui nuit le plus à l'intérêt général ? C'est que les grands Etats attaquent les petits Etats,...que les forts dépouillent les faibles, que le grand nombre opprime le petit nombre, que les gens haut placés traitent avec arrogance les humbles : voilà ce qui nuit à l'intérêt général. Et encore, que les princes soient sans bonté, les sujets sans loyauté, les pères sans bonté, les fils sans piété : voilà ce qui nuit aussi à l'intérêt général...*»³⁴

Sur la base de l'Amour universel, l'humanité opère dans l'intérêt général. Selon MO Zi, la nature humaine «*est portée à rechercher son propre intérêt ('利', 'li'), terme que Confucius emploie exclusivement dans un sens péjoratif pour caractériser l'homme de peu mais qui, dans le MO Zi, se rapporte au sens du juste ('义', 'yi') et devient du même coup la raison objective du Ren (la bienveillance et charité). Le tout est d'amener la nature humaine à convertir son intérêt individuel en intérêt général, chacun trouve son compte dans le bien commun.*»³⁵ L'intérêt général se réalise à travers les pratiques non seulement de cet altruisme égalitaire, mais aussi par celles d'anti-guerre ('非攻', 'feigong'), de travail d'arrache-pied pour prendre en main son propre destin ('非命', 'feiming), de la nomination selon les mérites de chacun ('尚贤', 'shangxian').

9. L'école de MO Zi niait le droit naturel. D'après eux, à chacun son repère de morale et son propre intérêt personnel qui sont exclusifs l'un de l'autre. Pour éliminer le trouble social issu du conflit des intérêts personnels, il faut établir un système administratif composé des organes étatiques, des cadres fonctionnaires à tous les échelons et du fils du Ciel, c'est-à-dire le souverain. C'est le fils du Ciel qui édicte les lois et émet les ordonnances au peuple. Le peuple doit lui rendre compte de

³⁴ Mozi 16 (*Jian'ai, xia.*), p.71, traduction Léon VANDERMEERSCH, *la voie royale*, t. II, p. 512-513.

la situation bonne ou mauvaise de la société, tout en gardant une obéissance absolue au souverain.

Ils vulgarisent l'égalité absolue dans les royaumes combattants, tout en refusant la liberté personnelle et en détruisant le système héréditaire du pouvoir de l'école de Ru (de Confucius). Dans le domaine politique, MO Zi propose que chacun ait le droit de participer aux activités politiques, car les « *Mandarins ne sont pas nés nobles et qu'il n'est pas forcément nécessaire qu'ils soient toujours nobles ; le peuple n'est pas non plus né roturier et il n'est pas nécessaire pour lui d'être toujours dans la classe basse de la société.* »³⁶ D'ailleurs, selon lui, le châtement envers ceux qui enfreignent la discipline moïste et les lois d'Etat est sévère et égal³⁷.

La conviction politique de l'école moïste est de fonder un Etat utopique sur l'égalité absolue, qui ne se soumet qu'à la loi naturelle – le Ciel. Agir selon ce que le Ciel veut et s'abstenir de ce que le Ciel ne veut pas est un principe de gouvernement³⁸. « *Ceux qui se conforment à la volonté du Ciel ont de la sollicitude les uns pour les autres, cherchent à être bénéfiques les uns aux autres et sont ainsi sûrs d'être récompensés ; ceux qui vont contre la volonté du Ciel n'éprouvent que haine les uns pour les autres et ne font que se piller entre eux et sont ainsi sûrs d'être punis...* »³⁹

L'école de MO Zi était restée très forte et très brillante après la mort du Maître.⁴⁰ Ses disciples furent beaucoup plus nombreux que ceux de Confucius⁴¹ et la plupart d'entre eux furent issus du milieu artisanal. C'est ainsi que les idées de vertu de parcimonie, de frugalité, d'amour universel subsistèrent et exercèrent une influence durable sur le caractère chinois, particulièrement, la croyance de l'égalité enracinée dans l'esprit chinois si bien que tous les Chinois se voient la possibilité d'être leaders de l'Etat s'il ou elle possède les vertus nécessaires.

³⁵ Anne CHENG, *Histoire de la pensée chinoise*, Seuil, 1997, p.96.

³⁶ « Mo Zi ». « 墨子·尚贤 » : “ 官无常贵民无终贱 ”。

³⁷ « Selon la loi de l'école moïste, le meurtrier sera condamné à mort, ceux qui commettent des atrocités inhumaines subiront le même sort que celui causé aux autres. » Printemps et Automne de Lü shi. Quisi (Lüshi chunqiu. Qu si).

³⁸ Mozi Fayi. « 墨子·法仪 » : “ 以天为法，动作有为，比度于天。天之所欲则为之，天之所不欲则止。 ”

³⁹ Mozi 26 (Tianzhi, shang). « 墨子·天制.上 » : “ 顺天意者，兼相爱，交相利，必得赏；反天意者，别相恶，交相贼，则得祸。 ”

⁴⁰ « Une centaine de recrues moïstes dans l'armée d'Etat ont tous la bravoure de courir les périls sans tourner les talons. » Huai Nanzi. Taizu xun. « 淮南子·泰族训 » : “ 墨子服役者百八十人，皆可使赴火蹈刃，死不还踵 ”。

⁴¹ V. YANG Honglie, *Histoire des pensées juridiques de la Chine*, op.cit.p.39.

3• Taoïsme

10. Apparu à la charnière des V^e et IV^e siècles av.J.-C. à l'époque des Royaumes combattants (453-221 av. J.-C.), face à une multitude d'écoles de pensée qui ne mettaient pas en lumière la causalité des misères de l'humanité et ne mettaient fin aux conflits sanguinaires entre Etats, les représentants éminents de l'école taoïste, tels que LAO Zi ('老子'), ZHUANG Zi ('庄子') font preuve d'une connaissance de la Loi de la nature, d'une grande crainte devant la grandeur de l'Univers, et déplorent profondément l'impuissance et la bassesse de l'humanité. Ils choisirent de vivre en reclus, en quête d'une vie hors de la société et de ses honneurs, une vie à l'écoute des battements de l'Univers. Le *Tao* ('道', 'dao') et le Non-Agir ('无为', 'wuwei') sont les termes clés de leur conception du monde et de leur pensée juridique.

Premièrement, c'est le Tao, la Loi de nature qui crée la société et qui règle les problèmes humains. LAO Zi fut le premier à développer une théorie de la loi naturelle. D'après lui, il existe un ordre naturel des choses créé par le Tao, un terme appartenant au fonds commun de la pensée chinoise où il exprime une idée de voie, de conduite et d'ordre, mais dans la pensée taoïste, ce terme désigne avant tout la réalité préexistante à l'Univers, origine du monde. LAO Zi nous explique que situé au-delà de toute causalité, «*le Tao est toujours sans nom* ('虚名', 'xuming')» et sans forme ('无形', 'wuxing') : «*Ne connaissant pas son nom, je le dénomme 'Tao', je m'efforce de l'appeler 'Grandeur'.*»⁴² Sans forme, le Tao échappe à toute préhension et perception sensorielles, seule l'intuition de l'être peut en saisir la présence et la réalité.⁴³ Origine de l'Univers, le Tao existe de toute éternité : «*On peut le considérer comme le créateur du monde entier*»⁴⁴, «*profond, il paraît durer toujours. Je ne sais de qui il est le fils, il paraît être le Dieu des dieux*»⁴⁵ qui engendre la totalité des êtres ('万物', 'wanwu'). (Lorsqu'on lit ce passage de *Dao-De-*

⁴² Le Dao-De-Jing, XXV. " 有物混成，先天地生，寂兮！寥兮！独立而不改，周行而不殆，可以为天地母。吾未知其名，强名之曰道。" " 吾不知其名，字之曰道，强为之名曰大。"

⁴³ «Le regardant, on ne le voit pas, on le nomme l'invisible. L'écouter, on ne l'entend pas, on le nomme l'inaudible. Le touchant, on ne le sent pas, on le nomme l'impalpable. Ces trois états dont l'essence est indéchiffrable se confondent finalement en un...Il est la forme sans forme et l'image sans image. Il est fuyant et insaisissable. L'accueillant, on ne voit pas sa tête, le suivant, on ne voit pas son dos. », Le Dao-De-Jing, XIV. " 第 14 章 [视之不见] : 视之不见，名曰微；听之不闻，名曰希；搏之不得，名曰夷。此三者，不可致诘，故混而为一。其上不皎，其下不昧，绳绳兮不可名，复归于物。是谓无状之状，无物之象，是谓惚恍。迎之不见其首，随之不见其后。执古之道，以御今之有。能知古始，是谓道纪。"

⁴⁴ *Ibid*, XXV. " 有物混成，先天地生。寂兮寥兮，独立而不改，周行而不殆，可以为天地母。"

Jing (‘道德经’), il semble que l’on est en train de lire le 1^{er} chapitre de Genèse de l’Ancien Testament de la Bible à la manière chinoise.) Face à ce Tao tout-puissant, l’homme se doit de le suivre et en aucun cas agir de sa propre initiative. Car «*c’est par le sans-désir et la sérénité que l’univers se règle lui-même.*»

Deuxièmement, ce n’est pas la loi édictée par l’homme, mais le principe de Non-agir qui est la meilleure politique pour gouverner l’Etat. Le sage taoïste choisit de ne pas intervenir dans le cours des choses afin de se conformer à la loi de la nature, au Tao lui-même. Celui-ci dédaigne toutes les lois édictées par l’homme. Il mit en évidence le fait que si les souverains pouvaient observer le Tao, tous les êtres se transformeraient d’eux-mêmes.⁴⁶ Appliqué dans le monde des armes, dans le monde concurrentiel, le Non-Agir devient la «vertu de non-rivalité.»⁴⁷ Un bon gouvernement est le gouvernement du Non-Agir, de rectitude, et en conformité du Tao, car «*Plus il y a d’interdictions et de prohibitions, plus le peuple s’appauvrit, ... Plus on publie de lois et d’ordonnances, plus les voleurs et les brigands pullulent.*»⁴⁸ Si le gouvernement aime le calme, le peuple se rectifie de lui-même. Si le gouvernement pratique le Non-Faire (‘无事’, ‘wushi’), le peuple s’enrichit de lui-même. Si le gouvernement pratique le Non-Désir (‘无欲’, ‘wuyu’), le peuple revient de lui-même à la simplicité.⁴⁹ Ainsi, gouverner un Etat n’est pas si difficile qu’on l’imagine. «*Lorsque l’Etat est dirigé en accord avec la Voie, gouverner un grand pays est comme faire frire de petits poissons.*»⁵⁰

Le Non-Agir s’accompagne d’humilité et d’absence du moi. «*Le ciel se prolonge et la terre dure. Si le ciel peut se prolonger et si la terre peut durer, c’est parce qu’ils ne vivent pas pour eux-mêmes.*»⁵¹ «*Le plus tendre en ce monde domine le plus dur*»,⁵² «*La noblesse a pour principe l’humilité. Le haut se fonde sur le bas*»,⁵³ etc.,

⁴⁵ *Ibid.*, IV. “ 湛兮，似或存。吾不知谁之子，象帝之先。”

⁴⁶ *Ibid.*, XXXVII. “ 道常无为而无不为。侯王若能守之，万物将自化。”

⁴⁷ «Qui est apte à être un officier n’est pas belliqueux. Qui est apte à combattre ne se met jamais en colère. Qui est apte à vaincre son ennemi ne l’affronte jamais. Qui est apte à employer les hommes se met au-dessous d’eux. C’est là la vertu de non-rivalité ; c’est là aussi la capacité d’employer les hommes ; c’est là enfin l’apogée d’être digne du ciel ». *Ibid.*, LXVIII.

⁴⁸ *Ibid.*, 57. “ 天下多忌讳，而民弥贫；人多利器，国家滋昏；人多伎巧，奇物滋起；法令滋彰，盗贼多有。”

⁴⁹ *Ibid.*, LVII. “ 我无为而民自化，我好静而民自正，我无事而民自富，我无欲而民自朴。”

⁵⁰ *Ibid.*, LX. “ 治大国若烹小鲜。”

⁵¹ *Ibid.*, VII. “ 天长，地久。天地之所以能长且久者，以其不自生也，故能长生。是以圣人后其身而身先，外其身而身存，非以其无私邪？故能成其私。”

⁵² *Ibid.*, XXXIV. “ 柔弱胜刚强。天下之至柔，驰骋天下之至坚。”

⁵³ *Ibid.*, XXXIX.

ces assertions nous rappellent l'enseignement chrétien sur l'humilité. Cette humilité peut aussi s'appliquer aux affaires d'Etat: *«Un grand pays est d'aval ; il est le lieu où les courants venus de Tout-sous-le-Ciel se rejoignent...»*⁵⁴ Pour l'Ecole du Tao, le grand pays mène une politique conforme à la loi naturelle, le Tao: loin d'user de sa force et de se faire dominateur, il se comporte comme s'il était faible. Il adopte la position basse, celle de la femelle ('阴', 'yin'), passive, calme, pleine de retenue. La pensée de Non-Agir voit aujourd'hui son influence dans la politique des affaires étrangères de la Chine qui cherche par tout moyen à éviter l'intervention dans les affaires d'autrui, et la confrontation directe avec les pays étrangers par humilité tant dans le domaine économique que dans les sphères militaires et politiques. En effet, l'assertion de LU Xun, un grand écrivain contemporain de la Chine, que la civilisation chinoise s'enracine dans le Taoïsme⁵⁵ n'est pas fautive dans une certaine mesure.

Troisièmement, la politique et la loi n'ont pas vocation d'éduquer et d'instruire le peuple. L'obscurantisme doit être le premier choix pour le gouvernement. Car plus le peuple est intelligent, plus difficile est-il de le gouverner. *«Le peuple, il faut obscurcir leur intelligence. Si un peuple est difficile à gouverner, c'est parce qu'il est trop intelligent. Ainsi, si on gouverne un Etat avec intelligence, c'est le malheur de l'Etat. Sinon, ça fera du bien pour l'Etat.»*⁵⁶ Quant à ZHUANG Zi, il développe la pensée obscurantiste à l'extrême à cause de son désespoir devant l'hypocrisie de la politique – *« celui qui a volé un petit crochet sera condamné à mort, mais celui qui a dérobé un Etat entier deviendra feudataire et seigneur »*⁵⁷, en prônant que *«la seule façon de supprimer tous les crimes est d'abandonner de manière absolue toute civilisation et sagesse»*⁵⁸ *«en retournant dans l'état primitif de l'humanité et en vivant avec les oiseaux et les animaux.»*⁵⁹

Malgré son désespoir, ZHUANG Zi déclare que l'homme est la clé de voûte de la cosmogonie, il est aussi grand que le Ciel et la Terre, sa liberté personnelle n'a pas de prix: *«Le faisan de la lande becquette tous les dix pas, il boit tous les cent pas, il*

⁵⁴ *Ibid.* LXI. “大邦者下流，天下之牝，天下之交也。”

⁵⁵ Dans la correspondance à XU Shoushan du 20 août 1918, LU Xun formula cette assertion. «A XU Shoushan», in «Correspondances de LU Xun», Edition de Press de Littérature, 2007. p 37.

⁵⁶ « Dao-De-Jing » 65. “民，將以愚之。民之難治，以其智多。故以智治國，國之賊；不以智治國，國之福”。

⁵⁷ « ZHUANG Zi ». « 莊子·胠篋 »：“竊鈎者誅，竊國者諸侯”。

⁵⁸ « ZHUANG Zi ». « 莊子·胠篋 »：“絕聖棄智，大盜乃止”。

⁵⁹ « ZHUANG Zi ». « 莊子·應帝王 »：“同與禽善居，族與萬物并”。

*ne veut pas sa nourriture au prix de sa mise en cage. Ainsi il n'envie point le bonheur d'un roi.»*⁶⁰ ZHUANG Zi dit que l'homme doit être conscient de son existence et ne pas se séparer des autres par le jugement. Sa philosophie est celle de la liberté, du pessimisme et de la réclusion qui s'intègre profondément dans la moralité et l'esprit des chinois tout en influençant la philosophie occidentale.⁶¹

4° L'école légiste

11. Essentiellement représentée par LI Kui ('李悝', v.445-396 av. J.-C.), SHANG Yang ('商鞅', v.390-338 av. J.-C.) et HAN Fei ('韓非', v.280-233 av. J.-C.), l'école des lois ou l'école légiste ('法家', 'fajia') s'inscrit en faux contre les valeurs confucéennes dans plusieurs domaines, prône une stricte obéissance à une loi identique pour tous, tout en défendant l'idée d'un gouvernement autocratique au sommet duquel trône un souverain omnipotent. La théorie de l'école des lois s'est formée à partir du VI^e siècle av.J.-C, la période de Printemps et Automnes. Sa mise en valeur complète au milieu du IV^e siècle av. J.-C. dans l'Etat de Qin assure à ce dernier une hégémonie militaire qui lui permet d'unifier la Chine en 221 av. J.-C.

L'école légiste construit une série de théories et de méthodes sur l'Etat de droit. Les légistes examinèrent l'origine, la nature et la fonction des lois, ainsi que les rapports entre la loi et l'économie, la politique d'administration, la déontologie morale, l'environnement naturel, la nature humaine. Les théories légistes étaient adoptées par tous les Etats vassaux comme le fondement théorique de la législation et de l'application des lois d'autant plus que les fondateurs des théories légistes furent tous des hommes politiques, experts militaires ou stratèges des Etats vassaux. Leur pensée principale peut se présenter en quatre volets.

12. En premier lieu, le droit doit être la mesure de l'Etat et l'Etat doit être gouverné selon le droit. Les légistes comparèrent le droit comme les poids et les mesures qui forment les standards objectifs et impartiaux et qui permettent de mesurer les comportements de l'homme. *«Ce qui est 'droit' est le règlement du monde et l'instrument de mesure de toute chose dans le monde.»*⁶² De même, pour HAN Feizi, le droit est non seulement la règle des comportements de l'homme, il a aussi une

⁶⁰ Le Tchouang Tseu, III. «庄子·内篇·养生主第三»: “泽雉十步一啄，百步一饮，不蕲畜乎樊中。神虽王，不善也”。

⁶¹ Le pessimisme et le concept de volontarisme de Schopenhauer s'inspirent de la pensée asiatique. L'existentialisme et le particularisme de Heidegger dégagent aussi le parfum de Taoïsme.

⁶² «Guan Zi». «管子·禁藏»: “法者，天下之程序也，万事之仪表也”。

force de rectification. «*L'objectif de la loi édictée par l'homme sage est de raser ce qui est injuste et de rectifier ce qui n'est pas droit.*»⁶³ D'ailleurs, les légistes reconnurent la cause et la nécessité de l'existence du droit. SHANG Yang dit, «*Pourquoi lorsqu'un lièvre court sur un champ, une centaine d'hommes pourront le chasser, parce qu'il n'appartient à personne. Pourquoi les voleurs n'osent pas prendre les lièvres à vendre sur un lieu de foire, parce que ceux-ci appartiennent aux marchands de lièvres. C'est ainsi que l'homme sage doit assumer la fonction d'édicter des règles de répartition à l'égard de la terre, des biens... il ne suffit pas de répartir tous ceux-là, il faut encore protéger cette répartition, donc, la loi d'interdiction est née. La loi d'interdiction ne suffit pas, il faut encore quelqu'un pour l'appliquer, c'est ainsi que la juridiction est née...*»⁶⁴

Les légistes dissocient pouvoir et moralité, en opposition avec les confucéens pour lesquels le pouvoir d'un souverain tient essentiellement à sa puissance morale ou vertu. La conviction confucéenne présuppose que le souverain soit bon. Mais, les légistes qui ne voient que la réalité, savent que les bons souverains ne sont pas légion. Le problème est donc d'assurer un fonctionnement efficace du pouvoir en faisant abstraction de la valeur morale et personnelle du souverain en place. SHANG Yang souligne que «*le souverain sage et intelligent doit gouverner l'Etat avec les lois, gratifier ses sujets en raison de leur contribution, punir ceux qui contreviennent à l'ordonnance du supérieur selon les lois, non pas selon leurs vertus de Ren, de Yi ou de leur intelligence.*»⁶⁵ Car il n'y a que la loi qui est juste et objective pour assurer la sécurité du peuple et de l'Etat. Le concept chinois de l'Etat de droit établi par les légistes au III^e siècle av. J.-C. est ainsi devenu le fondement du système juridique de la Chine féodale depuis deux mille ans.

En deuxième lieu, le droit est égal pour tout le monde. «*Tous les litiges doivent être tranchés selon les lois sans aucune distinction entre proches et éloignés, entre noble et pauvre*»⁶⁶, c'est la déclaration des légistes qui demandent de supprimer les privilèges des nobles afin d'appliquer les lois de manière égale à tout le monde. HAN Feizi fait état de ce que l'application inégale de la loi suscite le mécontentement du peuple, car si les nobles qui ont les prérogatives juridiques enfreignent la loi, le

⁶³ « Han Feizi ». « 韩非子 » : “ 圣人之为法也，所以平不夷，矫不直”。

⁶⁴ « Shangjun Shu ». « 商君书·定分 » : “ 一兔走，百人逐之，非以兔可以分百，由名分未定也。夫卖兔者满市而盗不敢取，由名分已定也。...故圣人承之，作为土地、货物...之分。分定而无制不可，故立禁。禁立而莫之司，不可，故立官”。

⁶⁵ « Shangjun Shu ». « 商君书·君臣 » : “ 明王之治天下，缘法而治，按功而赏...”。

peuple sera la victime ; lorsque leur justice ne peut être faite nulle part, le peuple deviendra désespéré.⁶⁷ Donc, il faut *«Unifier les châtiments, c'est faire en sorte qu'ils ne comportent aucune distinction de rang. Depuis les ministres et généraux jusqu'aux dignitaires et simples sujets, quiconque désobéit aux décrets royaux, enfreint les interdits du pays ou jette le désordre dans les institutions, est condamné à mort sans rémission.»*⁶⁸ *«L'application de la loi, les sages ne peuvent la discuter, les violents n'osent pas la combattre, les châtiments n'épargnent pas les hauts fonctionnaires, les récompenses n'oublent pas le gens du peuple...»*⁶⁹

En troisième lieu, les règles de droit doivent être édictées par écrit et publiées pour informer le peuple par le gouvernement⁷⁰. D'un côté, le gouvernement qui légifère et publie la loi est en effet le souverain ou un organe ou des personnes mandatées par le souverain. HAN Feizi, un Taoïste, croit que le médiateur cosmique sous la forme du souverain ('王', 'wang') a pour rôle d'unir et de relier le Ciel et la Terre. L'idée sous jacente est que le souverain est le seul homme destiné par le Ciel et le destin, qui possède le pouvoir de légiférer. Malgré l'instruction incessante que le souverain doit se discipliner par la loi,⁷¹ faute de séparation du pouvoir, plus les légistes avouent que la force de la loi est absolue, plus le pouvoir du souverain est grand et ceci jusqu'au totalitarisme. L'omnipotence de la loi devient alors celle de souverain.

D'autre côté, contrairement à l'école de Tao qui prône l'obscurité ou la mystification du droit vis-à-vis du peuple, les légistes soulignent l'importance de la publication des lois écrites. Car le droit a vocation de rajuster les comportements du peuple ; à cette fin, le peuple doit s'informer de ce que la loi exige de lui. Par conséquent, la loi écrite doit être claire, intelligible et accessible au peuple. Par ailleurs, un mécanisme de vulgarisation de la connaissance de la loi publiée doit être institué. *«Lorsque le peuple s'informe du contenu de la loi, il connaît ce qui doit être évité, et ce qui est encouragé ; ensuite il évite ce qui est interdit par la loi, et fait ce*

⁶⁶ « Shi Ji ». « 史记·太史公自传 »：“不别亲疏，不疏贵贱，一断于法”。

⁶⁷ « Han Feizi ». « 韩非子 »：“法令之所以备，刑罚之所以诛，常于卑贱。是以其民绝望，无所告诉”。

⁶⁸ « Shangjun Shu ». « 商君书·赏刑 »：“所谓一刑者，刑无等级，自卿相、将军以至大夫、庶人，有不从王令、犯国禁、乱上制者，罪死不赦”。

⁶⁹ *Ibid.* “故依法治国，举措而已矣。法不阿贵，绳不挠曲。法之所加，智者弗能辞，勇者弗敢争。刑过不避大臣，赏善不遗匹夫”。

⁷⁰ « Han Feizi ». « 韩非子 »：“法者，编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓者也”。

⁷¹ “君主当设法以自禁”，“君主不可舍法而以心裁轻重”。

*qui est encouragé par la loi, voilà, un peuple bien auto-discipliné.»*⁷² En 536 av. J.-C., Zichan (子产), premier ministre de l'Etat Zheng, faisait pour la première fois graver la loi pénale dans le bronze. Dès lors que la loi était publiée, nul n'était censé l'ignorer et nul n'y échappait, ce qui instaurait l'égalité de tous devant elle et allait à l'encontre de la fameuse tradition ancienne *«les rites ne descendent pas jusqu'aux gens du commun, les châtiments ne montent pas jusqu'aux grands dignitaires.»*⁷³ Dans le processus d'objectivation des lois, leur mise par écrit, rendue publique sous forme de codes, fût une étape décisive.

En dernier lieu, la loi positive, objectivée, est à prendre essentiellement au sens pénal en ce qu'elle a pour fonction de fixer récompenses et châtiments⁷⁴. Quant aux châtiments, les légistes préconisaient une sanction pénale sévère au délinquant. SHANG Yang dit, *«si la sanction pénale est inévitable, on doit infliger des peines sévères à ceux qui commettent des délits légers, ainsi, il n'y aura plus des délinquants, que dire alors des criminels d'infraction grave. C'est ce que l'on appelle 'supprimant les crimes par des châtiments sévères, les châtiments s'achèvent, le but de sécurité et de stabilité s'accomplit'. Par contre, si les crimes sont graves et les châtiments sont légers, les châtiments achevés, au lieu de réaliser leur but de préserver la stabilité et la sécurité de la société, aboutissent au surgissement fourmillant des crimes graves. C'est ce qu'on appelle 'les châtiments sont la cause des crimes', en l'occurrence, l'Etat s'affaiblit par sa politique de châtiment léger.»*⁷⁵

Selon Han Fei, une bonne gouvernance est le produit d'un usage des châtiments et des récompenses qui doit être exactement proportionné aux faits, et le prince n'est que le gardien de l'ordre régulier des choses et ne doit prendre aucune initiative personnelle, ne mettre aucune passion personnelle dans les châtiments et les récompenses : il doit être impartial comme le Tao lui-même. Cependant, sa notion du châtiment proportionné aux faits ne l'emporte pas sur celle de SHANG Yang. Par conséquent, malgré la contribution incommensurable de l'école légiste à l'unification des Etats par l'Etat Qin, les légistes, au lieu de s'en contenter et d'en tirer avantage, allèrent à l'extrême en encourageant le souverain à publier des lois extrêmement

⁷² «Shangjun Shu ». «商君书·定分» : “...行法令明白易知...万民皆知所避就, 避祸就福, 而皆以自治也”。

⁷³ L'adage du Traité des Rites. Voir *Liji* (Traité des Rites), chap.1, *Quli*, traduction Séraphin COUVREUR, Mémoires sur les bienséances et les cérémonies, rééd. En 2 vol., Paris, Cathasia, 1950, t. I, p.53.

⁷⁴ Han Fei appelle « récompenses et châtiments » les « deux manipules » et les occidentaux les appelleront plus volontiers « la carotte et le bâton ».

sévères, des châtiments cruels et inhumains qui eurent pour conséquence de mettre en péril l'avenir de la dynastie Qin qui ne dura de ce fait qu'une vingtaine d'années. Malgré la courte durée de cette dynastie, les théories des légistes eurent une forte influence sur la formation de l'esprit chinois moderne.⁷⁶

13. En bref, la doctrine des légistes, tendait à diminuer la place de la vie individuelle, si peu développée dans la Chine antique, et constamment sacrifiée à la vie sociale. D'autre part, elle avait le défaut de sacrifier la Morale à la Loi, comme Confucius la sacrifiait aux Rites, MO Zi à l'Amour Universel, et les Taoïstes à l'Union Mystique : il semblerait que les philosophes chinois anciens, ballottés entre des théories extrêmes, et d'ailleurs peu portés aux tendances individualistes, furent longtemps incapables de fonder une morale, et même de reconnaître l'existence d'une morale en dehors des relations sociales et de l'éthique gouvernementale.

3. Période du monopole du confucianisme de l'an 202 av.J.-C. jusqu'à l'an 1840 (l'an de la Guerre de l'Opium)

14. L'interaction de quatre écoles de pensée juridique conduit à la formation du confucianisme, qui, avec un amalgame des principes des autres écoles, n'était plus l'école orthodoxe de *Ru*, ou de lettrés créé par Confucius et qui depuis l'an 202 av. J.-C. représente la doctrine principale dans tous les domaines de la société chinoise.

En faisant le bilan des échecs de Qin, la dynastie Han-ouest assembla les points favorables dans tous les écoles de pensée précédentes dont pouvait profiter son gouvernement : le Non-Agir du Taoïsme adoucit les conflits en persuadant le peuple de se retirer du monde et de retourner à la nature lorsque leurs besoins ne peuvent pas être satisfaits ; la loi légiste affirme le pouvoir du souverain et la force de répression des ordonnances de celui-ci; la frugalité prônée par les Maoïstes dissuade la convoitise matérielle des gens et encourage l'autodiscipline et l'Amour universel aidant ainsi le peuple à se discipliner par des principes de morale établis depuis presque dix siècles par les diverses écoles de pensée dont l'école de Confucius avait fait le résumé le plus complet. Par-dessus tout, la théorie de Juste-milieu ('中庸之道',

⁷⁵ « SHANG Jun Shu ». 《商君书·去强》：“行刑，重其轻者，轻者不至，重者不来，此谓以刑去刑，刑去事成；罪重刑轻，刑至事生，此谓以刑致刑，其国必削”。

⁷⁶ Henri Maspero, *La Chine Antique*, Presse Universitaires de France, 1965, p.426-437.

‘*zhongyong zhidao*’) préconisé par Maître KONG peut garder le souverain d’aller à l’extrême la politique. C’est ainsi que la théorie fondatrice de DONG Zhongshu (董仲舒)⁷⁷ née sous le bouclier d’un Confucianisme idéal prona une conception presque religieuse du pouvoir, définissant les liens que le souverain doit entretenir avec l’ordre cosmique: le Ciel, dont il est à la fois l’agent et le représentant.

Elle fut aussitôt adoptée par la dynastie Han sous le nom de «Technique de *Ru* (‘儒术’, ‘*rushu*’)», emprunté à l’école de *Ru*, et connue en occident sous le nom de Confucianisme. Depuis lors celui-ci s’avère, être un mélange d’idéalisme confucéen, de pragmatisme légiste, de métaphysique taoïste, de technique moïste, de nihilisme bouddhiste, de mysticisme de la religion autochtone taoïste⁷⁸. Ce confucianisme, en tant qu’idéologie officielle, fit ses preuves en Chine dans la mentalité chinoise, pendant pratiquement deux millénaires de régime impérial. Les idées principales de l’école de Confucius furent conservées dans le domaine juridique tout en absorbant l’obscurantisme de l’école taoïste, la sévérité des sanctions prônées par les légistes, la conception d’hierarchie sociale de l’école Moïste, et tout en refusant l’idée de l’égalité absolue de la loi préconisée par les Moïstes et les légistes, ainsi que l’idée de l’Etat de droit issue de ces derniers. Ceux-ci ont été si totalement intégrés et assimilés qu’ils forment le cadre indépassable de toute pensée.⁷⁹

4. Période tumultueuse d’invasion des systèmes juridiques occidentaux de 1840 à l’an 1949

15. La Guerre de l’Opium de 1840 marque paradoxalement le début de l’humiliation de la nation chinoise et aussi de l’histoire contemporaine de la Chine.

L’invasion politique et culturelle précédée par l’invasion militaire des occidentaux aggravait la crise sociale de la nation chinoise. Face aux émeutes

⁷⁷ Sa proposition d’‘abroger les cent écoles de pensée et remettre seul en honneur la technique de Ru’ (‘罢黜百家, 独尊儒术’, ‘*bachu baijia, duzun rushu*’) fut acceptée par l’empereur Han Wudi comme la stratégie de gouverner l’Etat.

⁷⁸ Considérablement enrichi et transformé sous les trois royaumes et les Six Dynasties (de 220 jusqu’à 581) par des emprunts au taoïsme, et après le long intermède bouddhiste des dynasties Sui et Tang (de 581 à 907), avec l’incorporation des spéculations numérogiques du Zhou Yi (‘周易’, ‘Livre des Mutations’), le confucianisme, déjà très souple, disposant d’une grande faculté d’adaptation, a su faire corps avec la société et lui infuser ses schémas de structuration du réel.

⁷⁹ Comme Jean LEVI a dit : «Le confucianisme fut à la Chine ce que le christianisme fut à l’Occident». v. Jean Levi, *Confucius*, Editions Albin Michel, S. A., 2003. p. 295.

incessantes internes et à la pression militaire des occidentaux, le Gouvernement de la dynastie Qing sous le règne de *Guangxu* (光绪) promut une réforme constitutionnelle monarchique sans suite à la fin du 19^e siècle. Cependant, cette réforme initia une série de réformes. Depuis lors, la Chine subit une transplantation du système juridique occidental d'envergure et générale sans précédent dans son histoire.

16. En 1902, le Gouvernement des Qing négociait les traités de commerce avec l'Angleterre, le Japon et les Etats-Unis d'Amérique qui promirent de ne plus réclamer la primauté de juridiction consulaire dans le territoire chinois dès que le système juridique chinois s'alignera sur les leurs. A partir de 1906, des spécialistes juridiques japonais vinrent aider le gouvernement chinois à rédiger le code pénal et le code civil. Avec l'introduction des doctrines juridiques occidentales et des systèmes juridiques occidentaux, le système juridique traditionnel chinois s'est disloqué entièrement à partir de la création de la République de Chine le 1^{er} janvier 1912, ainsi que l'illustre la Compilation des Six Droits ('六法全书', '*liufa quanshu*') qui se compose de six codes (constitutionnel, civil, pénal, de procédure civile et pénale, de commerce et organique de juridiction, etc.)⁸⁰

Cependant, des empreintes confucianistes sur le système juridique chinois moderne sont ineffaçables.

§2. Empreintes des pensées juridiques traditionnelles chinoises sur le droit de la concurrence

I. Caractéristiques du système juridique moderne de la Chine sous l'emprise du Confucianisme

17. Bien que n'étant plus la pensée officielle du milieu juridique depuis la période tumultueuse d'introduction des systèmes juridiques occidentaux de 1840 à 1949 et depuis la période d'imitation du système juridique soviétique de 1949 à 1978, le confucianisme a laissé de profondes empreintes sur le système juridique moderne de la Chine et en particulier sur le droit de la concurrence.

⁸⁰ La Compilation de Six Droits, durant la période de Gouvernement du Parti national ('国民党', 'guomindang') fut rédigée en calquant les systèmes juridiques occidentaux. Mais, son influence dans le territoire continental de la Chine fut éphémère, puisqu'elle s'est retirée à l'île Taïwan avec le Parti national à la suite de l'échec de

1. Impossibilité d'une politique bicéphale ou d'un gouvernement bipartite actuellement en Chine. Les privilèges issus de la hiérarchie mettent sans cesse en cause l'égalité de la loi.

18. Selon le Confucianisme, une société idéale est une société fortement hiérarchisée basée sur d'innombrables cellules familiales dans lesquelles la piété filiale et l'obéissance harmonisent la vie familiale, et finalement la vie sociale. Au sommet de cette société hiérarchisée se trouve le souverain, le seul homme choisi par le Ciel comme son fils pour gouverner l'Etat. Cet homme est incarné sous la forme du Parti nationaliste depuis 1912, puis du Parti communiste depuis 1949 qui, «*en tant qu'avant-garde de la nation chinoise, représente la direction du développement de la culture avancée et l'intérêt général du peuple chinois, et qui poursuit le chemin approprié aux circonstances à l'Etat chinois et choisi par le peuple chinois.*»⁸¹ Comme un éminent juriste chinois a dit: «*le système juridique chinois est bâti selon les circonstances de l'Etat chinois qui sont axées sur deux points d'appui: l'un est le régime du Parti communiste chinois qui est le garant essentiel pour le développement de toutes les causes de l'Etat chinois, l'autre est la théorie du socialisme en phase primaire.*»⁸²

Le but final du socialisme chinois est d'éliminer les classes sociales, de faire disparaître la classe d'exploiteurs. Cependant, *au cours de l'étape primaire du socialisme, l'Etat conserve principalement le système économique fondé sur la propriété publique et caractérisé par le développement commun de divers systèmes de propriété*⁸³⁸⁴. *Les biens publics socialistes sont sacrés et inviolables (art.12), tandis que les biens privés légitimes des citoyens sont inaliénables (art.13).* En d'autres termes, pendant cette première période de socialisme chinois, une classe d'exploiteurs a continuellement subsisté. Ainsi, il est lucide de conclure que tant qu'une société sera hiérarchisée en diverses classes sociales, des privilèges subsisteront toujours.

L'existence des privilèges dans une société signifie une inégalité du droit malgré la déclaration répétitive de cette égalité par les lois écrites. Le manque d'un véritable

celui-ci dans la guerre civile avec le Parti Communiste Chinois (PCC) en 1949. v. ZHANG Guoan, BAI Xiaodong et LIN Weiming, *Histoire du système juridique de la Chine*, op.cit. p.386.

⁸¹ Principes généraux des Statuts du Parti Communiste de la Chine (version modifiée le 21 octobre 2007).

⁸² XU Xianming, *Sur la formation et la perfection du système juridique de la Chine*, in *Journal de la Lumière*, le 12 mars 2009.

⁸³ L'article 6 de la Constitution de la République populaire de Chine de 1982, et ses amendements en 2004.

⁸⁴ Les articles 8 et 11 de la Constitution de la Chine. Ces systèmes de propriété sont économie collective, économie individuelle, économie privée et autres économies non publiques définies par la loi, formant une partie importante de l'économie de marché socialiste.

mécanisme de surveillance sur l'exercice du pouvoir suprême du PCC privilégie celui-ci. Formellement, le régime féodal des prérogatives judiciaires en 8 statuts sociaux⁸⁵ a été supprimé ; pourtant, personne n'ose remettre en cause la légitimité du pouvoir de son supérieur lorsque ce pouvoir est abusif. Même si on ne peut pas nier les apports de la réforme menée par le PCC, tels que l'amélioration générale du niveau de vie, le progrès ahurissant de l'économie nationale, l'influence de plus en plus importante de l'Etat chinois dans la communauté internationale, la stabilité et solidarité nationale pendant plus de 30 ans, un mécontentement populaire en augmentation, consécutif à la corruption et à l'inégalité de répartition, constitue une grande menace pour le régime.

« *Le gouvernement ne saurait être injuste sans avoir des mains qui exercent ses injustices : or il est impossible que ces mains ne s'emploient pour elles-mêmes. Le péculat est donc naturel dans les Etats despotiques. Ce crime y étant le crime ordinaire, les confiscations y sont utiles, par là on console le peuple.* »⁸⁶ Les propos de Montesquieu correspondent bien à la situation actuelle de la Chine. Les mouvements de purification mobilisés successivement au sein du PPC par les Présidents de la République populaire n'ont pour objectif que préserver la paix, en terme chinois, « l'harmonie de la société chinoise » (‘社会和谐’, ‘shehui hexie’). On souhaite seulement que les propos suivants de Montesquieu soient une fausse prophétie en Chine: « *Le gouvernement despotique a pour principe la crainte : mais à des peuples timides, ignorants, abattus, ... Comme le principe du gouvernement despotique est la crainte, le but en est la tranquillité ; mais ce n'est point une paix, c'est le silence de ces villes que l'ennemi est près d'occuper...* »⁸⁷

2. La tradition de non-séparation des pouvoirs administratif et judiciaire subsiste toujours: chaque juridiction se soumet au budget de gestion de l'administration de l'échelon correspondant. Ce type de régime entraîne trois effets qui sont liés les uns aux autres.

19. Premièrement, la naissance d'une loi spécifique suit principalement l'ordre suivant : la politique générale en la matière, adoptée par le PCC est apparue dans un premier temps pour orienter les activités dans un domaine spécifique. Dans un

⁸⁵ V. *supra.* n° 6.

⁸⁶ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, I, chapitre XIV.

⁸⁷ *Ibid.*

deuxième temps, la réglementation administrative a pour vocation d'appliquer la politique d'orientation du PCC, et d'expérimenter législativement et judiciairement une loi spécifique avant sa promulgation. Ainsi, avant la publication d'une loi, la politique du PCC et les règlements administratifs sont déjà là pour jouer leur rôle de régulateur dans le champ d'application de la futur loi. Comme l'idée introduite en premier dans un esprit exerce un pouvoir dominateur, pour la plupart des Chinois, ces règlements sont règles de loi, car ils pèsent beaucoup plus lourd dans leur vie quotidienne par rapport à une loi publiée ultérieurement. Ce phénomène a laissé l'impression, tant au public de masse qu'à ceux qui exercent les pouvoirs administratifs, que la loi est un instrument secondaire pour sauvegarder l'ordre social, et que sa force de dissuasion est inférieure à celle du pouvoir administratif et du PCC.

Deuxièmement, puisque les tribunaux sont attachés à l'administration de l'échelon correspondant en budget et en effectif, les activités du travail au sein d'un tribunal ainsi que les activités judiciaires du tribunal ne sont pas indépendantes au sens strict de l'«Etat de droit». L'intervention directe ou indirecte du pouvoir administratif dans les activités judiciaires de tribunal n'est pas du tout un phénomène rare. D'ailleurs, le phénomène de «porter plainte à une administration supérieure» (‘上访’, ‘*shangfang*’)⁸⁸ au lieu d'intenter un procès devant les tribunaux constitue un caractère frappant et triste du système juridique chinois, car en ce qui concerne l'importance de la position d'organes d'Etat, celle du tribunal est secondaire, la masse populaire chinoise n'est de ce fait pas convaincue que le tribunal pourrait la protéger d'une injustice. La mentalité chinoise forgée depuis plus de deux mille ans n'a pas été changée catégoriquement. Les Chinois espèrent toujours l'arrivée d'un homme providentiel, vertueux, ayant du pouvoir dans l'administration supérieure et qui pourrait peut-être voler à leur secours. Car le régime ne leur laisse pas d'autre choix que l'homme de pouvoir. De ce fait la juridiction reste entachée comme auparavant, d'un sentiment d'intimidation, de honte et actuellement, de corruption.

⁸⁸ Le phénomène de porter plainte à l'administration supérieure a un autre nom chinois comme « *Min Gao Guan* (‘民告官’) » qui désigne la plainte portée par le peuple contre l'abus du pouvoir administratif. Selon la statistique de la Cour suprême populaire de la Chine, le pourcentage des actions administratives intentées par la masse publique devant les tribunaux populaires en 2009 est 2% de toutes actions civiles, pénales, commerciales et administratives. Pourtant, les plaintes contre l'abus du pouvoir administratif portées à l'administration supérieure sont 18% de toutes les plaintes devant l'administration, c'est-à-dire 8 fois plus que la moyenne. La Cour suprême populaire s'efforce de restituer son image du représentant de la justice en déclenchant chaque année un mouvement d'aménagement spécifique aux fins de faire la justice au peuple, de sauvegarder le fondement du régime du PCC et préserver la stabilité et l'harmonie de la société.
<http://www.chinanews.com.cn/gn/news/2010/05-22/2298626/shtml>

Troisièmement, l'efficacité de l'application de la loi dépend du soutien du pouvoir administratif. Puisque les gouvernements locaux à tous les échelons ont un pouvoir correspondant d'édicter des lois, des ordonnances ou des règlements au profit de l'intérêt local, ils disposent aussi du pouvoir d'empêcher la mise en exécution du jugement rendu par des tribunaux hors de son ressort administratif. Selon la statistique de la Cour suprême populaire, une moitié des jugements non exécutés sont ceux qui doivent être mis en exécution dans des locaux différents du ressort du tribunal saisi.⁸⁹ L'inefficacité de l'application de la loi se traduit principalement par la difficulté de l'exécution des jugements hors ressort.

3. La haute estime de Confucius pour la vertu a repris sa position de pair avec la loi dans les doctrines juridiques chinoises. Le co-fonctionnement de la morale et du droit en tant que deux moyens importants pour maintenir l'ordre social produit deux effets non négligeables.

20. En premier lieu, le rite primordial avec le droit complémentaire de sanction jugé par le Confucianisme comme suffisant à établir une société harmonieuse risque d'exclure la nécessité de la fonction du droit civil et commercial dans la relation civile et commerciale.

Pour faire écho à la politique de l'établissement d'une société d'harmonie (' 建立和谐社会', 'jianli hexie shehui') avec le Confucianisme du Gouvernement central, quelques juristes chinois rapetissent délibérément l'importance de la loi dans la fonction de régir les rapports sociaux, en disant que « *Pour universelle, définitive et d'une force de dissuasion que soient les règles juridiques, le choix du moyen juridique présage un coût économique et social beaucoup plus considérable que les autres moyens de réglementation. Ainsi donc, le moyen juridique n'est pas un moyen indispensable pour régir les rapports sociaux...Se servir des différents moyens pour régir les relations sociales est justement l'avantage de la culture chinoise traditionnelle. Pour cette raison, il est impossible que le développement du régime juridique socialiste chinois marche dans le sillage des pays américains et européens que 'toutes choses sont jugeables selon la loi'. En Chine, les avantages de la*

⁸⁹ Les rapports du travail de la Cour suprême populaire de la Chine de 1989 et 2002.

réglementation de l'ordre social par les moyens politiques, sociaux, économiques peuvent être substituables au système juridique.»⁹⁰

Le fait que cette assertion a été publiée dans le Journal de la Lumière, un journal porte-parole du PCC en dit long. Hormis le matérialisme manifesté par le professeur XU, la dévalorisation de la fonction du droit par des juristes eux-mêmes nous permet de comprendre le profil de l'attitude du dirigeant envers le droit. Dans un pays qui n'est pas encore un Etat de droit au sens propre, cette attitude est aussi décourageante que dangereuse.

En deuxième lieu, selon l'éthique confucéenne, l'établissement d'une société harmonieuse ainsi que d'un Etat vertueux implique la pratique du rite dont l'essence est l'obéissance et le «Juste-Milieu». En posant les principes de cette vertu et du devoir d'obéissance, le Confucianisme n'a pas en vue le bonheur des individus. Lorsque le Gouvernement central promeut le slogan de «gouverner l'Etat avec les vertus» depuis 2005⁹¹, il implique que l'intérêt individuel doit être prêt à tout moment à céder sa place à l'intérêt collectif, du Parti, de l'Etat. Cette proposition est irréprochable en soi, au regard de la stabilité de l'Etat. Cependant, dans un contexte où l'existence de l'individu est habituellement ignorée par l'Etat, cette proposition encourage évidemment le déséquilibre entre le devoir juridique et le droit juridique de l'individu. En l'occurrence, le pouvoir public enpiète souvent sur l'intérêt de l'individu au profit de la personne du pouvoir, sous prétexte du maintien de l'ordre public ou du maintien d'une société harmonieuse. En bref, le fondement du droit privé est instable, puisque les droits et intérêts de l'individu sont souvent mis en danger.

4. Le pragmatisme du Confucianisme nous assure que le système juridique chinois ne pourra plus jamais revenir à l'ancien système juridique féodal, ni devenir une copie du système juridique occidental contemporain.

21. La quintessence du Confucianisme demeure dans la théorie de «Juste Milieu» qui témoigne, depuis deux mille ans, de l'oscillation de la pensée confucianiste entre idéalisme et matérialisme, entre métaphysique et pragmatisme, entre cosmologie et

⁹⁰ XU Xianming, *op.cit.* 2009. Professeur XU Xianmin, un des éminents juristes chinois dans le domaine de la science de doctrine juridique, l'ex-président de l'Université des Sciences politique et juridique de la Chine, est actuellement président de Shandong Université.

⁹¹ Le 19 février 2005, le discours du Président HU Jintao dans l'ouverture du séminaire sur l'augmentation de la capacité du travail des cadres de PCC au niveau provincial.

empirisme. D'innombrables infléchissements ne font aucun obstacle à son renouvellement continu et au contraire, l'enrichissent.

En tant que technique d'adaptation à la situation et de survie dans les difficultés, la théorie de «Juste Milieu» exige du lecteur de prime abord d'observer et d'analyser ses propres faiblesses et les points forts d'autrui; ensuite, d'apprendre à imiter les points forts d'autrui afin de remanier ce qui fut et ce qui est ; il obtiendra son propre fruit optimisé, bon et adaptable à la situation. Le succès de la théorie du «Juste Milieu» ne cesse de se voir dans sa pratique. Comme dit un sinologue français : la force des Chinois *«réside dans cette formidable capacité à intégrer et siniser tant les influences extérieures que les peuples entrés en contact avec eux depuis des siècles même lorsque certaines de ces influences touchaient aux fondements mêmes de leur culture : ils ont sinisé les Mongols, les Mandchous, les missionnaires chrétiens et juifs, le bouddhisme indien, etc. Les dynasties proprement chinoises n'ont régné qu'à peine six siècles sur la Chine, entre une succession de dynasties turks, tartares, mongoles, ou mandchoues.»*⁹²

22. La Guerre de l'Opium de 1840 revêt paradoxalement deux significations pour les Chinois : d'une part, elle marque le début de l'humiliation profonde imposée par les puissances occidentales à la nation chinoise dans l'histoire moderne de la Chine ; d'autre part, elle fut une occasion pour le renouvellement de la théorie de «Juste Milieu ». Les juristes chinois imprégnés de Confucianisme, ont jeté d'abord, un regard critique sur la pensée confucianiste en faisant le bilan de tous ses défauts et des obstacles intrinsèques à l'établissement d'un système juridique moderne en Chine⁹³. Cette réflexion se manifeste dans le fameux ouvrage sur les religions chinoises de Max Weber⁹⁴ qui lançait le postulat- incontestable depuis plusieurs décennies- que le confucianisme était un frein au développement du capitalisme et à l'émergence d'une bourgeoisie, tant en raison de ses valeurs éthiques que du mode d'organisation sociale qu'il avait favorisé.

Ensuite, ils soumièrent au gouvernement des observations judicieuses sur les systèmes juridiques occidentaux en lui proposant d'*«aligner son propre système sur*

⁹² Lionel Vairon, *Défis chinois – Introduction à une géopolitique de la Chine*, édition Ellipses, 2006. p.14.

⁹³ Parmi ces réformateurs à la fin de la dynastie Qing, LIU Kunyi et ZHANG Zhidong soumièrent un projet de réforme juridique au gouvernement Qing en 1901 en lui exhortant de réformer le Code de Dynastie Qing dans neuf domaines qui étaient de nature inhumaine. Ces propositions étaient adoptées par le nouvel Code de Dynastie Qing en 1903.

⁹⁴ Max Weber, *Confucianisme et taoïsme* (1916), traduction par C. Colliot-Thélène et J.-P. Grossein, Gallimard, 2000.

eux afin de ne laisser aucune occasion aux envahisseurs occidentaux d'inventer des prétextes pour humilier l'Etat chinois par la guerre et des conventions internationales inégales.»⁹⁵

A partir du début du XX^e siècle, le mouvement de mimétisme ne s'est pas arrêté en Chine en passant de la période d'imitation du système juridique européen, à la période d'imitation du système soviétique de 1949 à 1978, puis à la période d'imitation des systèmes juridiques américain et européen de 1978 jusqu'aujourd'hui. Vers la fin des années 1980, un certain nombre d'économistes et de sociologues occidentaux, impressionnés par l'envol économique des «dragons» asiatiques⁹⁶, ont procédé à une remise en question de la conception dite «Wébérienne» en affirmant l'autre postulat que le confucianisme encourage l'adaptation au monde économique⁹⁷. Avec la montée sur la scène économique de la Chine continentale, le confucianisme, ré-estimé, loin d'être un frein, est un moteur, selon eux⁹⁸.

Le succès actuel de la réforme économique confirme le renouvellement du Confucianisme et sous son emprise, *la nature ouverte, dynamique, évoluant et la capacité d'adaptation du système juridique d'économie de la Chine*⁹⁹ dont la branche du droit de la concurrence s'avère différente des systèmes juridiques de la concurrence des Etats-Unis et de l'Union européenne à cause de ses empreintes confucianistes.

II. Empreintes des pensées confucianistes sur le droit de la concurrence

23. Outre les caractéristiques générales du système juridique chinois teinté de Confucianisme, le droit chinois de la concurrence, de sa législation à son application, en tant que branche spéciale de la famille juridique, est aussi imprégné de pensées confucianistes qui constituent une particularité chinoise.

1. Lenteur du processus de la législation

24. Depuis l'an 1980, l'année de l'adoption du premier règlement sur la concurrence – «Les dispositions provisoires sur le déroulement et la sauvegarde de la concurrence»,

⁹⁵ SHEN Jiaben, *Rapport sur la suppression des pénalités sévères dans le Code de Dynastie Qing*, 1903. L'auteur était le représentant en faveur de la réforme juridique par voie d'imitation des systèmes des pays occidentaux.

⁹⁶ Le Japon, Taïwan, la Corée du Sud, et Singapour.

⁹⁷ Jean Levi, *Confucius*, Editions Albin Michel, S. A., 2003. p. 298.

⁹⁸ *Ibid.* p.230.

⁹⁹ Cette qualification du système juridique de la Chine faite par Professeur XU Xianming dans son article publié dans le Journal de la Lumière le 12 mars 2009, est reconnue de tous juristes chinois.

publié par le Conseil des Affaires d'Etat (CAE) jusqu'à 2007 où la Loi chinoise antimonopole est promulguée, la Chine a pris 27 ans pour achever sa démarche législative du droit de la concurrence. La lenteur du processus de la législation chinoise de la concurrence est due à trois raisons liées étroitement à l'incidence du Confucianisme.

Premièrement, le régime politique de monopartisme issu du mode d'organisation sociale Confucianiste rend trilogique le processus législatif, c'est-à-dire la politique d'orientation du PCC constitue le premier pas législatif, ensuite, la réglementation administrative est mise en place expérimentalement pour concrétiser la politique du PCC et pour préparer finalement à la législation juridique¹⁰⁰. A l'égard de la législation du droit de la concurrence, après 1979 où se tint la 3^e session plénière du comité central du 11^e congrès du PCC et au cours de laquelle a été lancée la réforme de l'ouverture économique, la Chine a promulgué successivement «Les dispositions provisoires sur le déroulement et la sauvegarde de la concurrence» en 1980, «Les dispositions provisoires de la gestion du prix des importants moyens de productions, communications et transports» en 1988, «Certains règlements sur l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles des entreprises publiques» en 1993, la « Décision de rectifier et de réglementer l'ordre de l'économie de marché, la « Décision à l'encontre du cloisonnement régional» en 2001, les «Règlements provisoires en matière de fusion des entreprises» en 2003 et des «Avis d'encourager et de diriger le développement des entreprises privées» en 2005, etc. Finalement, après 27 ans d'expériences réglementaires et d'application administrative, la longue marche législative aboutit à la promulgation de la Loi antimonopole en 2007.

Deuxièmement, la méthodologie innée de la théorie du «Juste Milieu» s'articule sur trois étapes de raisonnement: la réflexion sur soi-même, l'étude d'autrui et l'absorption de ses points forts, et la mise en pratique. Très coûteuses en temps, ces activités se traduisirent par une polémique académique entre des juristes et des économistes sur la possibilité et la nécessité d'une loi antitrust en Chine tout au long de l'accumulation des expériences d'application administratives. Sans connaître le sens propre du mot «antitrust» dans la Loi antimonopole, la peur générale des économistes que la loi antitrust ou le contrôle des concentrations d'entreprises pouvait entraver le développement de l'économie de grande envergure, nuire à la réforme des entreprises

¹⁰⁰ *Supra*, n° 6.

publiques et mettre l'Etat chinois dans une situation défavorable face à ses principaux partenaires économiques, ralentit le processus de la législation. Finalement c'est l'opinion des juristes qui l'emporta dans la polémique ; la promulgation de la Loi antimonopole en fut la preuve.

Troisièmement, le régime politique est à l'origine du manque d'un mécanisme de surveillance de l'exercice du pouvoir administratif, qui est la cause principale de l'abus de ce dernier, et que l'on appelle en chinois «monopole administratif» ('行政垄断', 'xingzheng longduan'). Ainsi, l'opposition provenant du pouvoir administratif constitue le plus grand obstacle à la promulgation de la loi de la concurrence. D'ailleurs, trois administrations ministérielles se disputèrent pour obtenir le monopole d'application. Dans ce contexte de rivalités ministérielles peu propices à une conception globale et cohérente, l'élaboration de cette nouvelle loi prit treize ans à partir de la publication de la loi sur la concurrence déloyale et de la loi interdisant aux entreprises du service public de restreindre la concurrence de 1993.

2. Souplesse d'adaptation en adoptant des méthodes occidentales

25. La lenteur de l'élaboration de la Loi antimonopole, comme toutes choses, a eu sa facette positive. *« Au moins cela aura-t-il permis de prendre le temps d'observer les différents systèmes de protection de la concurrence qui, ailleurs dans le monde, sont parvenus à maturité et d'en comparer les mérites et les faiblesses. Là où les grand pays occidentaux et l'Union européenne ont tâtonné, amendé et modernisé progressivement leurs législations, la Chine, grâce à son éveil tardif aux bienfaits de la concurrence, s'est dotée d'emblée d'une loi qui sur le papier n'a pas beaucoup à envier aux meilleures. »*¹⁰¹

La Loi antimonopole a emprunté aux meilleures sources les principes directeurs et la formulation des règles du jeu concurrentiel qui lui ont paru les mieux appropriées. Le texte de la loi précitée comporte presque toute la panoplie des instruments juridiques complémentaires inventés et développés par les Etats-Unis et l'Union européenne, qui seraient utiles à la conduite d'une politique de concurrence, qu'il s'agisse de contrôler les pratiques anticoncurrentielles des entreprises, leur concentrations et les obstacles que les autorités publiques peuvent opposer au jeu d'une concurrence libre et sans distorsions.

¹⁰¹ Dominique BRAULT, Julienne CHANG, *La Loi antimonopole de la République populaire de Chine*, in Revue Lamy de la Concurrence 2008, -Perspectives, étude.

A titre d'illustration, l'article 13 de la Loi antimonopole est très proche de l'article 81 du Traité CE en ce qui concerne la prohibition des cartels et autres formes d'ententes horizontales. La liste d'exemption des restrictions prohibées est sensiblement la même. Comme celle de l'article 81, elle est non limitative puisque les autorités antimonopolistes peuvent la compléter avec l'aval du CAE. Bien qu'il n'évoque que la responsabilité civile, l'article 50 semble bien être inspiré par les articles 81-2 du Traité CE et L.420-3 du Code de commerce de la France qui disent nuls de plein droit les engagements et accords qui violent la prohibition des ententes. Quant au régime de clémence, le modèle est américain. Comme la France, la Chine a choisi de le consacrer par voie législative. L'article 46 de la Loi antimonopole autorise l'autorité compétente à accorder une immunité ou des réductions d'amende aux entreprises qui dénonceront une entente à laquelle elles ont participé tout en lui apportant des éléments de preuve significatifs.

A la différence du régime juridique de 1949 à 1978 qui n'imitait que celui de l'ex-URSS, en excluant toute autre inspiration occidentale, la Loi antimonopole de la Chine est plus ouverte et plus souple vis-à-vis des régimes juridiques étrangers. Cela sans doute est un mérite du Confucianisme. Depuis DENG Xiaoping qui fut le fondateur de la théorie dite «Peu importe que les chats soient blancs ou noirs du moment qu'ils attrapent les souris», *la Chine a amplement démontré qu'elle n'avait pas trop de scrupules idéologiques lorsque son développement était en jeu*¹⁰².

3. Simplicité des techniques législatives

26. Par rapport au régime juridique antitrust des Etats-Unis d'Amérique qui commence par deux articles du Sherman Act et au droit européen de la concurrence dont les articles 81 et 82 du Traité CE constituent son corps original, la Loi antimonopole chinoise paraît comme un code de la concurrence. Pourtant, elle est trop laconique pour être un code. Hormis le contenu sur le contrôle du monopole administratif, elle est plutôt un résumé des instruments ou des techniques juridiques de la concurrence déjà modernisés par les deux côtés de l'Atlantique, avec beaucoup de lacunes attendant d'être remplies, beaucoup d'incertitudes ayant besoin d'être levées, beaucoup de notions devant être définies.

Le laconisme est un caractère de la législation chinoise. *«Parce que la loi avait toujours été secondaire pour fortifier la position du rite, de la morale et de l'éthique*

*qui étaient les véritables règles de comportement du peuple, et seules ces dernières méritaient d'être précises, amendées et améliorées. Le texte de loi reste concis et constant...»*¹⁰³ La simplicité du texte de la Loi antimonopole est une des incidences des pensées juridiques traditionnelles chinoises, à savoir, le Confucianisme sur les techniques législatives chinoises modernes. Il est donc difficile de se débarrasser des habitudes invétérées.

A ce stade de la législation, la simplicité entraîne des insuffisances et des incertitudes quant à l'application de la Loi antimonopole.

En premier lieu, des incertitudes se rapportent à l'ordre institutionnel. Trois autorités purement administratives sous la direction de la Commission antimonopole partagent les rôles de mise en œuvre de la loi, la Direction antimonopoles (DAM) du Ministère du Commerce, le Bureau de la Répression des Monopoles et Concurrences Déloyales (BRMCD) de l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce (AIC) et le Service du Contrôle et de la Surveillance du Prix (SCSP) de la Commission nationale de Développements et Réformes (CNDP). Les bornes de leurs attributions restent dans le vague.

En deuxième lieu, s'agissant du secteur des entreprises publiques dans le champ d'application, tout devient très flou. Il paraît que, selon l'article 7 de la loi, les comportements monopolistes, des secteurs régulés qui sont appelés par le législateurs chinois de la Loi antimonopole à opérer dans l'intérêt des consommateurs, dans l'autodiscipline, continueraient de relever de la compétence des organes de régulation spécialisés dans ces secteurs. Ainsi surgissent des interrogations : est-ce que les comportements anticoncurrentiels des entreprises publiques qui vont à l'encontre des intérêts de consommateurs sont exclus du champ d'application de la loi précitée ? Ou, est-ce que les trois autorités antimonopolistiques ont la compétence de contrôle sur ces entreprises publiques lorsque leurs comportements ne sont pas en accord avec la Loi antimonopole ?

En troisième lieu, la notion dite «sécurité nationale» dans des opérations impliquant des capitaux étrangers soulève de grandes inquiétudes pour les entreprises étrangères. L'article 31 de la loi précitée est sûrement une réaction spontanée au traumatisme qu'a pu ressentir la Chine lorsque les Etats-Unis se sont opposés à l'acquisition de la société pétrolière *Unocal* par l'entreprise chinoise CNOOC en 2005. Des incertitudes dans

¹⁰² *Ibid.*

l'article 31 résident dans la non définition de la notion de «sécurité nationale», car, elle peut couvrir un vaste champ dépassant la liste publiée par le CAE en décembre 2006 qui énumérait les secteurs stratégiques dont l'Etat entendait garder le contrôle¹⁰⁴.

4. Supériorité de l'application administrative sur l'application judiciaire

27. La tradition de non séparation de l'administration et de la juridiction et celle de position secondaire du système juridique se reflète aussi dans le texte de la Loi antimonopole chinoise à travers la supériorité de l'application administrative sur l'application judiciaire. Parmi ses 57 articles, 16 sont consacrés à la procédure d'enquête administrative et la responsabilité juridique concernant la sanction administrative. Aucun dispositif ne mentionne la compétence de juridiction, sinon, une seule possibilité de recours juridictionnel contre les décisions en matière de contrôle des concentrations, l'action, ouverte aux parties, étant portée devant la juridiction administrative mais seulement après un recours devant l'autorité administrative supérieure (art.53).

5. Difficulté de se renseigner sur les dossiers d'un procès ou d'une affaire

28. La Loi antimonopole chinoise est en vigueur depuis déjà deux ans (à partir du 1^{er} août 2008), mais il est encore très difficile de se renseigner sur les dossiers des affaires soumises aux autorités compétentes de la concurrence (y compris les décisions complètes rendues par elles). Ce phénomène est dû à deux raisons: l'une nous évoque l'obscurantisme prôné par l'école de Tao, hérité par le Confucianisme¹⁰⁵ ; l'autre, l'abus de vocation de service public, un phénomène typiquement chinois où l'administration considère comme un pouvoir toutes ses vocations de service public. Obtenir une information complète sur l'exercice du pouvoir administratif devient un privilège en Chine, lorsqu'il existe une distinction entre l'information accessible au sein de l'administration ('内部消息', 'neibu xiaoxi') et celle ouverte au public, en dépit des engagements pris lors de l'accession à l'OMC sur le principe de transparence des conditions d'application de la loi. Ce n'est pas parce que les administrations cachent délibérément les informations, c'est parce qu'elles n'ont pas d'habitude de mettre le

¹⁰³ CHENG Shude, *Histoire du système juridique de la Chine*, chapitre 4, *op.cit.* p.20.

¹⁰⁴ Ces secteurs sont l'armement, la production d'électricité, le pétrole et la pétrochimie, les télécommunications, le transport maritime, l'aviation civile et le charbon, etc.

¹⁰⁵ *Supra.* n°10.

public au courant à cause de cette vision traditionnelle du peuple tenu dans l'ignorance et du pouvoir administratif hautement estimé.

6. Urgence de régler le problème de monopole administratif

29. Le problème du monopole administratif est une caractéristique de la Loi antimonopole chinoise. Si les modèles sur les ententes et sur le contrôle des concentrations sont très familiers en Europe occidentale, le cinquième chapitre de la loi précitée l'est moins, car il porte sur le contrôle des comportements d'administrations publiques susceptibles d'affecter la concurrence.

En Chine, traditionnellement, les administrations publiques (nationales et locales, ministérielles et sectorielles) interviennent souvent dans l'économie. Elles ont joué un double rôle à l'égard de l'économie : un acteur économique au sein du marché, d'une part, et d'autre part un administrateur du marché. C'est un problème historique légué par le système de l'économie planifiée et par la suprématie du pouvoir administratif durant deux mille ans.

Appelées «monopoles administratifs», leurs pratiques d'exclusion de la concurrence sont, en effet, interdites par l'article 7 de la loi contre la concurrence déloyale à partir de 1993. Il s'agit de l'abus du pouvoir administratif dans le but de contraindre les consommateurs à acheter des produits auprès d'opérateurs nommément désignés de manière à limiter les activités légales d'autres opérateurs, ou de limiter l'accès au marché local de produits en provenance d'autres régions du pays ou de restreindre la circulation de produits locaux vers des marchés situés dans d'autres régions du pays. Cependant, aucune sanction n'a été imposée au responsable des administrations publiques qui avaient commis cette infraction.¹⁰⁶ Il en résulte des effets vicieux gênant l'établissement du système de l'économie de marché en Chine.

Premièrement, il s'agit des segmentations géographiques de nombreux marchés et des barrières à l'entrée de ces marchés.¹⁰⁷ En 2000, le CAE a décrété une ordonnance au titre de Règlement sur l'interdiction du blocus régional dont les articles 3, 4, 5 prévoient définitivement que le blocus régional est interdit à cause de son caractère d'interdiction *per se*. Pourtant, le protectionnisme régional ou le particularisme régional n'a pas été arrêté efficacement, puisque l'intérêt de l'administration régionale est

¹⁰⁶ Pour cette raison, la Loi contre la concurrence déloyale a été critiquée comme un pistolet sans cartouche.

¹⁰⁷ WANG Baoshu, *La loi anti-monopole peut contrôler le monopole administratif*, inséré dans « *L'antitrust et l'économie de marché* » sous la direction de WANG Xiaoye, La Maison d'Édition juridique de la Chine, 1998, p.127.

sensiblement lié à la stabilité nationale. Cependant, l'outil unique que représente le contrôle des cloisonnements régionaux revêt une importance considérable en Chine, puisqu'il concerne directement l'achèvement de la réforme économique et l'établissement de l'économie de marché et l'amélioration de la puissance effective générale de l'Etat chinois.

Deuxièmement, les droits de transaction économique d'acteurs sur le marché ont été lésés par l'exercice du pouvoir administratif des autorités publiques. Il existe plusieurs pratiques administratives anticoncurrentielles: l'imposition d'achat d'une production ou un service par le refus de donner le permis, l'abus du droit de sanction administrative, l'abus du droit de gestion administrative afin de restreindre les réseaux d'importation, etc.

Troisièmement, dans certains secteurs, les autorités publiques créent des sociétés administratives ('管理公司', '*guanli gongsi*') qui profitent du droit de gestion et de production, même de vente si bien qu'elles ont une position dominante inéquitable pour avoir de l'emprise sur le marché, pour affaiblir ou évincer ses concurrents ou entraver l'accès au marché à de nouveaux entrants en imposant des prix d'achat ou de vente exorbitants ou encore en accordant des avantages discriminatoires à certains clients. La concurrence sur le marché est ainsi distordue par ces actes gouvernementaux.

En somme, l'abus du pouvoir public sans contrôle peut fausser la concurrence entre les entreprises et empêcher, à long terme, les forces du marché de récompenser les plus compétitifs, nuisant ainsi à la compétitivité chinoise. C'est pourquoi ces abus des prérogatives de puissance publique doivent être en principe interdits par la Loi antimonopole. Le contrôle devrait se focaliser sur les affaires qui nuisent le plus à la concurrence. C'est un chantier d'envergure à qui la loi précitée consacre un chapitre entier de 6 articles (de l'art.32 à l'art.37).

30. Aux termes de la Loi antimonopole, le contrôle du monopole administratif porte sur cinq catégories d'abus des prérogatives de puissance publique qui éliminent ou restreignent la concurrence :

1^{ère} catégorie : restrictions abusives d'activités économiques. Selon l'article 32, aucune autorité administrative ou organisation habilitée par la loi ou un règlement pour administrer des affaires publiques ne peut abuser de ses pouvoirs administratifs pour exiger, directement ou sous une forme déguisée, de personnes morales ou physiques

qu'elles revendent, achètent ou utilisent exclusivement des produits fournis par des entreprises désignées.

2^e catégorie : restrictions abusives de la circulation des produits. Il est interdit aux autorités administratives ou organisations habilitées par la loi ou par un règlement pour administrer des affaires publiques, d'abuser de leurs pouvoirs administratifs en vue de faire obstacle à la libre circulation des produits entre différentes régions, notamment (art.33) :

- en imposant des conditions ou taux discriminatoires, en appliquant des critères tarifaires discriminatoires ou en fixant des prix discriminatoires pour des produits provenant d'autres régions ;
- en imposant des exigences techniques ou des normes de contrôle pour des produits provenant d'autres régions, distinctes de celles imposées aux entreprises locales, ou en imposant des mesures techniques discriminatoires, telles que des re-inspections ou des re-homologations à l'égard de produits non locaux, restreignant ainsi leur entrée sur le marché local ;
- en adoptant des régimes spéciaux de licences administratives pour des produits provenant d'autres régions en vue de faire obstacle à l'accès de ces produits au marché local ;
- en mettant en place des contrôles routiers ou d'autres mesures en vue de faire obstacle à l'entrée de produits provenant d'autres régions ou au débouché de produits locaux ; ou
- en faisant obstacle de toute autre façon à la libre circulation des produits entre régions.

3^e catégorie: restrictions abusives sur les offres publiques. Il s'agit des abus de pouvoirs administratifs en vue d'empêcher ou de restreindre la participation d'entreprises non locales à des offres publiques locales, en imposant des conditions d'admission ou des standards d'évaluation de manière discriminatoire ou encore en omettant de publier les informations sur ces appels d'offres conformément à la loi (art.34).

4^e catégorie: restrictions abusives en matière d'investissements et de libre établissement. Elles sont principalement des traitements discriminatoires envers les entreprises non locales pour les restreindre d'investir ou d'implanter par la création de succursales dans son ressort administratif (art.35).

5^e catégorie: réglementations anticoncurrentielles. Conformément à l'article 36 et 37 de la Loi antimonopole, interdiction est faite des injonctions administratives qui obligent des opérateurs économiques à se livrer à des pratiques anticoncurrentielles prohibées par la loi et de toute réglementation qui contient des éléments éliminant ou limitant la concurrence.

31. Regrettablement, au lieu de mettre en valeur toute force dissuasive de la loi sur le monopole administratif, la loi ne prévoit qu'une possibilité de sanctionner les administrations et agences publiques et leurs dépendances qui auront abusé de leur pouvoir administratif au détriment de la concurrence, puisque les autorités antimonopolistes chinoises n'ont que des attributions de conseil et de recommandation à l'administration supérieure hiérarchique de l'autorité administrative qui a commis des abus susmentionnés. Lorsque celle-ci abuse de ses pouvoirs administratifs pour éliminer ou restreindre la concurrence, l'administration supérieure hiérarchique l'enjoint de rectifier la situation et impose des sanctions aux personnes physiques et morales directement responsables. La crédibilité de ce contrôle administratif et hiérarchique a été ainsi mise en cause.

Si le monopole administratif ou l'abus de pouvoirs administratifs est le résidu de la société féodale sous l'emprise du Confucianisme, le régime de contrôle qui est conçu pour établir l'économie de marché, la notion principale dans le capitalisme, n'a pas pu sortir de cette emprise puissante.

En conclusion, la réforme juridique de la concurrence en Chine est en effet une réforme de la pensée juridique traditionnelle de la Chine dans l'économie de marché. De son stade de législation à son application, le droit chinois de la concurrence ne cesse de dégager une odeur de culture traditionnelle chinoise, souvent suave parfois moins. *«Pour un texte dont la gestation a été longue et difficile, la Loi antimonopole chinoise a plutôt bonne allure... elle n'est pas sans comporter des faiblesses ou des insuffisances.»*¹⁰⁸ Le droit chinois de la concurrence est encore plus chinois, parce qu'il suit l'exemple européen de la manière qui lui est propre.

¹⁰⁸ Dominique BRAULT et Julienne CHANG, *op.cit.*

SECTION 2 ASPECT D'INSPIRATION EUROPÉENNE

32. «Le droit est le fruit d'une culture et d'une expérience nationale. Par ailleurs, le droit n'est pas statique; il évolue en permanence, à des rythmes variés, entraînant inévitablement des différences d'un système juridique à l'autre. Pour l'ensemble de ces raisons, la comparaison juridique révèle sans peine l'existence à l'étranger de règles qui apparaissent plus originales ou plus adaptées aux besoins économiques ou sociaux d'une époque donnée. Si telle ou telle législation, notion ou institution étrangère a fait ses preuves, il est tentant de vouloir l'emprunter ou de s'en inspirer.

*L'amélioration du droit national passe donc par l'imitation du droit étranger. Le processus d'imitation est le plus souvent initié par la doctrine... Comment a priori, ne pas se réjouir des progrès réalisés par les emprunts au droit étranger ?*¹⁰⁹

*« Le droit est variable dans le temps et dans l'espace. Or, cette incessante variation génère une diversité que l'imitation, imposée ou consentie, ne parviendra jamais à supprimer. Il n'y a pas de progrès sans innovation. Or, les chances d'innovation sont multipliées par la diversité des droits. »*¹¹⁰

33. L'influence européenne dans le domaine juridique en Chine se traduit par l'imitation, l'emprunt et l'absorption du système juridique des pays occidentaux par le système juridique chinois¹¹¹. Ce processus de transplantation du droit étranger dans le système national est la loi inexorable du développement de la science juridique. Alors, il n'est pas difficile de comprendre que depuis la Guerre de l'Opium de 1840 jusqu'à nos jours, le droit allemand, français, japonais, de l'ex-URSS, de l'Angleterre, des Etats-Unis et les règles de l'OMC avaient tous été soumis à des tentatives de transplantation dans le droit chinois. Comme disent les comparatistes chinois, la modernisation du droit chinois a été étroitement liée aux systèmes occidentaux dont la structure est devenue celle du système juridique chinois, et la plupart des régimes, des principes, des terminologies sont devenus des parties principales et inséparables de celui-ci¹¹².

¹⁰⁹ Yves –Marie Laithier, *Droit comparé*, Dalloz, 2009. p. 17, 19.

¹¹⁰ Yves –Marie Laithier, *op.cit.* p. 24.

¹¹¹ HE Qinhua, *La transplantation juridique et la localisation juridique*, in *Orthodoxie de la procédure juridique*, Edition du Droit, 2003. p.44.

¹¹² HE Qinhua et LI Xiuqing, *Droit étranger et Droit chinois- réflexion sur la transplantation du droit étranger dans le droit chinois au 20^e siècle*, Edition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2002. v. égal. HE Weifang, *Méthodologie de l'étude comparée de la culture juridique*, in *Science juridique chinois et étrangère*, 1992, n°1.

Par conséquent, pour bien saisir l'aspect de l'inspiration européenne dans la réforme du droit chinois de la concurrence (§2), il est judicieux de jeter un regard historique sur le processus de transplantation juridique du système européen dans le système juridique général de la Chine (§1).

§1. L'influence du système juridique européen sur la modernisation du droit chinois

34. La transformation de l'ancien système juridique en système moderne de manière générale (II) est un fruit important du processus de l'influence européenne d'une durée de 150 ans (I).

I. Vue historique

35. Le parcours de 150 ans de la modernisation du système juridique chinois est marqué par l'influence fondamentale du droit étranger, particulièrement celui de l'Europe occidentale. La Guerre de l'Opium de 1840 éveilla la capacité innée de réflexion sur soi-même de la nation chinoise qui se grisait dans sa tranquillité de l'économie agricole autosuffisante coupée complètement du monde extérieur alors que l'Europe était entrée dans l'ère de l'économie industrielle. La pauvreté et l'arriération économique et culturelle de l'Etat chinois qui se faisaient voir après l'échec de la Guerre irritèrent de manière lancinante la fierté et l'amour-propre de la nation. L'appel de la réforme du système juridique devint une urgence pour sauver l'Etat des envahissements des occidentaux. Dès lors, la réforme du système juridique chinois se traduisit par trois grandes vagues du mimétisme du droit étranger. Les deux premières vagues imitèrent le droit de l'Europe occidentale, en particulier, le droit allemand et français ; la troisième vague reçut l'influence conjointe des systèmes américain et européen.

1. Première vague d'influence du système européen

36. La première vague d'influence du droit de l'Europe occidentale sur la modernisation du système juridique chinois date de 1840, marquée principalement par les empreintes allemandes et françaises.

La traduction des œuvres juridiques et des lois étrangères¹¹³ fut le premier signe de réforme juridique. La publication des ouvrages français en Chine dans le domaine des sciences politiques et juridiques a été fructueuse. YAN Fu, célèbre traducteur et penseur chinois, a traduit un certain nombre d'ouvrages français en chinois entre 1803 et 1807, y compris «De l'Esprit des Lois» de Montesquieu, «Du Contrat social» de Rousseau.

La vague s'est répandue, ensuite, par le mouvement gouvernemental que *le régime étranger serve ce qui est national*, puis par les enseignements des rénovateurs comme KANG Youwei et LIANG Qichao qui dirent que la seule façon pour être puissant au plan mondial et pour ne plus être humilié par les pays industrialisés occidentaux, est d'apprendre leurs systèmes juridiques ; et finalement, par la modification d'envergure du Code des Qing présidée par l'éminent juriste chinois SHEN Jiaben en faisant référence au droit de l'Allemagne en 1908¹¹⁴.

L'influence du système juridique européen en Chine possède des facteurs intrinsèques et extrinsèques. Les facteurs intrinsèques expliqueront les raisons pour lesquelles les droits allemand et français devinrent le premier choix d'imitation par le gouvernement Qing, tandis que les facteurs extrinsèques ont trait aux façons par lesquelles le droit allemand et des autres pays européens influèrent sur le développement du système juridique chinois.

(1) Des raisons de l'imitation du droit allemand et français

37. En décembre 1905, le gouvernement Qing envoya une mission d'étude itinérante composée de cinq ministres dans 15 pays, tels que le Japon, les Etats-Unis, la Grande Bretagne, l'Allemagne et la France, etc, pour enquêter sur leurs systèmes constitutionnels et juridiques. Sept mois plus tard, ils rendirent un rapport au gouvernement Qing en lui proposant d'établir une constitution ('立宪', 'lixian') et de réformer le système juridique en imitant le droit européen¹¹⁵ et ceci pour trois raisons.

38. Premièrement, le droit français et allemand faisait preuve d'une qualité excellente à l'époque. Cependant, par rapport à l'influence allemande, l'influence française est plutôt au niveau politique.

¹¹³ Des réformateurs chinois comme LIN Zexu (林则徐), WEI Yuan (魏源) étaient précurseurs qui appelaient d'«apprendre les points forts des étrangers afin de réduire leurs forces envahissantes» (“师夷长技以制夷”). Ils organisaient la démarche préliminaire de la transplantation du système juridique étranger en Chine.

¹¹⁴ WANG Limin, *L'influence du droit allemand sur la formation du système juridique chinois moderne*, in *Recherche sur le système du code civil*, édition de l'Université du Peuple chinois, 2008, pp.182-211.

Peu avant la ‘Réforme de Cent Jours’ (‘百日维新’, ‘*bairi weixin*’) en 1898 lancée par les réformistes sous la direction de KANG Youwei et LIANG Qichao, KANG Youwei avait présenté à l’Empereur Guangxu un mémoire intitulé «La Révolution française». Cet ouvrage comportait une analyse approfondie de cet événement historique afin de persuader l’Empereur d’entreprendre immédiatement un certain nombre de réformes en vue d’éviter une révolution en Chine. Il est avéré que ces travaux ont pu avoir une certaine influence sur la politique législative de l’Empereur lorsqu’il a décidé de lancer sa réforme juridique.

*«Au début du 20^e siècle, lors du célèbre grand débat entre les réformistes - sympathisants du régime monarchique- et les révolutionnaires dirigés par SUN Yat-sen, la Révolution française fut naturellement la référence essentielle de ces mouvements politiques. De même, il semble assez naturel que le fondateur du Parti communiste chinois se soit senti concerné par la Révolution française. Dans l’ouvrage de CHEN Duxiu intitulé ‘Les Français et la civilisation du Temps moderne (‘法兰西人与近代文明’, ‘*falanxi ren yu jindaiwenmin*’), CHEN juge que les trois jalons de la civilisation de l’époque moderne – théorie des droits de l’homme, de l’évolution et du socialisme – sont dus aux Français. LI Dazhao pense que les progrès de la civilisation du monde entier dans le courant du XIX^e siècle trouvent leur fondement dans la Révolution française et en sont l’héritage incontestable.»*¹¹⁶DENG Xiaoping, ZHOU Enlai ont effectué une étude en France qui les détermina à se sacrifier pour la révolution socialiste chinoise qui conduit finalement à la naissance de la République populaire de la Chine.

Quant au droit allemand, héritier direct du système juridique romain, et dont le Code civil était inspiré par le Code civil français¹¹⁷, il s’édifie sur la base de la philosophie classique, ce qui le rend plus logique, plus précis et plus minutieux que les autres systèmes juridiques étrangers modernes. Dans une certaine mesure, l’émergence de l’Allemagne est due à son système juridique. En fait, en 1895, ZHANG Zhidong, un ministre des Qing fit un grand éloge du fantassin allemand dont la force est attribuable aux avantages de son chemin de fer et fit état de l’urgence de

¹¹⁵ Voir, « Documents historiques pour la préparation de l’établissement de la constitution à la fin de la dynastie Qing », Edition de Zhonghua, 1979. p.833.

¹¹⁶ SHI Jiayou, *La codification du droit civil chinois : au regard de l’expérience française*, thèse de l’Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, dirigée par Mme. Mireille DELMAS-MARTY, présentée et soutenue publiquement le 1^{er} juillet 2006.p.32.

comprendre le régime allemand¹¹⁸. En 1898, KANG Youwei déposa une motion au gouvernement pour prendre comme modèle le système allemand puisque *« parmi tous les systèmes d'éducation, celui de l'Allemagne est le meilleur. En ce qui concerne la morale du peuple, celle des Allemands est préconisée par l'Etat. »*¹¹⁹ Dans le rapport de mission d'étude itinérante rendu au gouvernement en 1906, les cinq ministres prédirent que *« l'Allemagne prendra l'hégémonie en l'Europe par sa puissance dans moins de cent ans »*, ainsi *« il est indispensable pour la Chine de tirer leçon des expériences allemandes. »*¹²⁰

39. Deuxièmement, des succès précédents de transplantation du droit allemand par des pays étrangers encouragèrent davantage le gouvernement Qing à l'imiter. Dans le rapport de mission d'étude itinérante rendu au gouvernement, un ministre indique qu'*« En Asie, le Japon est un bon exemple d'alignement de son droit sur celui de l'Allemagne. En faisant référence au droit allemand, le Japon réforme d'abord son droit militaire si bien que sa force militaire s'est renforcée et qu'il a remporté la victoire dans la guerre sino-japonaise de 1900. Par conséquent, il est nécessaire pour la Chine de s'inspirer du système juridique allemand. »*¹²¹ Si d'autres pays peuvent devenir de plus en plus puissants après avoir transplanté le droit allemand dans leur système, pourquoi la Chine ne saurait tirer des profits de cette inspiration ?

40. Troisièmement, il existait une certaine ressemblance sociale entre la Chine et les deux pays. Après l'enquête itinérante, un ministre chinois remarqua que *« Parmi tous ces différents régimes politiques et sociaux étudiés, ceux de l'Allemagne et du Japon ressemblent beaucoup à notre régime. D'ailleurs, le peuple allemand ressemble le plus au peuple chinois en ce qui concerne les mœurs et coutumes, il est aussi diligent, sobre et frugal que le peuple chinois. »*¹²²

(2) Les modes de l'influence européenne

¹¹⁷ Avant-propos du Code civil de l'Allemagne fédérale, traduit par le Département du Droit de l'Institut des Sciences sociales de Shanghai, édition 1984, page 14.

¹¹⁸ ZHANG Zhidong, *Rapport sur l'établissement de l'école militaire et de l'école ferroviaire*, in « Documents de l'histoire moderne de l'éducation de la Chine », Edition Zhonghua, 1979, p.137.

¹¹⁹ KANG Youwei, *Motion sur l'établissement des écoles*, in « Documents de l'histoire moderne de la Chine », série, Edition de Lumière étatique de Shenzhou, 1953, p.219. 康有为在《请开学校折》里赞扬德国在教育方面的显著成绩：“今各国之学，莫精于德，国民之义，亦倡于德。”

¹²⁰ « Documents historiques pour la préparation de l'établissement de la constitution à la fin de la dynastie Qing », Edition de Zhonghua, 1979, p. 9-10.

¹²¹ « Documents historiques pour la préparation de l'établissement de la constitution à la fin de la dynastie Qing », *op.cit.* p.141.

¹²² « Documents historiques pour la préparation de l'établissement de la constitution à la fin de la dynastie Qing », *op.cit.* p.202.

41. Les droits des pays européens occidentaux ont influencés le droit chinois dans son processus de modernisation de deux façons différentes:

42. La voie directe qui concerne quatre aspects :

En premier lieu, la traduction et la publication des Codes et des ouvrages juridiques allemands, français et des autres pays. *«Pour connaître les essentiels du droit occidental, il faut consacrer une étude approfondie à la doctrine et à la théorie des Occidentaux, commencée par la traduction et la publication des ouvrages y étant dédiés. A cet égard, le Japon donne l'exemple...»*¹²³ A l'instar du Japon, la Chine, elle aussi, entama les travaux de traduction et de publication. Selon quatre rapports statistiques procédés par SHEN Jiaben¹²⁴, la quantité de publication des ouvrages étrangers traduits publiés devint de plus en plus grande. L'étendue de ces lois et ouvrages couvre le droit pénal, civil, maritime, de nationalité, de procédure civile et de faillite, etc.

En deuxième lieu se trouvent les rapports rendus au gouvernement Qing par les ambassadeurs chinois à l'étranger. Le gouvernement Qing demanda à tous les ambassadeurs envoyés à l'étranger de faire des notes détaillées sur les moeurs et les coutumes, sur les événements et les affaires, sur la politique et les régimes des pays où ils sont chargés de mission et de rendre rapport régulièrement au gouvernement. A titre d'illustration, depuis 1889, XUE Fucheng, en tant que diplomate chinois dans quatre pays européens : Grande-Bretagne, France, Italie et Belgique, parcourut toute l'Europe continentale pour comparer leurs systèmes juridiques. Dans son rapport, il conclut que *«parmi les organes étatiques, le parlement l'emporte sur tous. Pourtant, les systèmes parlementaires varient selon les différents pays, celui des Etats-Unis met trop de l'accent sur les droits individuels, celui de la France possède un tempérament trop braillard et vociférateur, seul celui de l'Angleterre et de l'Allemagne sont modérés.»*¹²⁵

¹²³ SHEN Jiaben, *Avant-propos de la Compilation des lois et réglementations traduites*, cité par LI Liangui, *« Evolution du droit chinois moderne et l'influence japonaise »*, in *Etude sur le droit comparé*, 1994, n°1. 《沈寄移先生遗书·新译法规大全序》里明言：“欲明西法之宗旨，必研究西人之学，尤必编译西人之书”，日本“其君臣以下同心同德，发愤为雄不惜财力以编译西人之书，以研究西人之学，弃其糟粕而撷其英华。”

¹²⁴ De 1904 à 1905, il y eut douze lois et ouvrages juridiques étrangers traduits et publiés, dont 8 japonais, 2 allemands, un français, un russe ; en mai 1907, le nombre des lois et des ouvrages publiés augmenta à 31, dont 12 japonais, 4 allemands, 2 français, 1 italien, et 1 hollandais ; en janvier 1909, par les 43 lois et ouvrages étrangers traduits et publiés, 8 sont allemands, 13 japonais, et d'autres sont français, anglais, américains, autrichiens, etc. En novembre 1909, parmi 14 lois et ouvrages étrangers traduits et publiés pendant dix mois, dont 4 français, 4 allemands, 2 autrichiens, et 3 japonais.

¹²⁵ ZHONG Quanhe, *Marche vers le monde*, Edition de Maison d'édition de Zhonghua, 1985, pp.352-353.

En troisième lieu, citons les juridictions étrangères établies en Chine. Après la Guerre de l'Opium, au moins «huit puissants étrangers»¹²⁶, établirent leur propre juridiction dans le territoire chinois en jugeant les affaires concernant leurs compatriotes et les Chinois selon leurs propres lois. Chaque province occupée avait son ressort juridictionnel; par exemple, l'Allemagne dans la péninsule de Jiaozhou et dans la province Shandong, la France à Wuhan et Shanghai, l'Angleterre à Hongkong, etc. *«Depuis l'ouverture au commerce international, le gouvernement Qing est obligé de permettre à chaque pays étranger de juger les affaires concernant leurs propres compatriotes par leur consul. La souveraineté jurisprudentielle de la Chine est ainsi lésée et réduite...»*¹²⁷ Malgré la coloration coloniale de cette influence, des mandarins du gouvernement Qing reconnurent les mérites des systèmes juridiques étrangers, tel ce ministre qui déclara dans sa motion sur la séparation du pouvoir judiciaire du pouvoir administratif que *«si l'on sépare le pouvoir judiciaire du pouvoir administratif comme le font les pays étrangers, les administrateurs peuvent se concentrer à la mise en œuvre de l'administration, et les juges ne peuvent agir que dans le cadre juridique; les deux choses, administratives et judiciaires se séparent : tout les effets néfastes de l'ancien régime seront éradiqués.»*¹²⁸

En dernier lieu, citons l'influence exercée par les missions d'étude itinérante dans les pays étrangers. A la fin de la dynastie Qing, le gouvernement envoya plusieurs délégations dans les pays occidentaux avec la mission d'enquête et d'étude sur leurs régimes politiques et leurs systèmes juridiques. Les membres des délégations prirent note de tout ce qu'ils avaient vu et entendu. A titre d'illustration, dans un journal d'une délégation en 1906, il est noté: *«Le 19 février, à 13 heures, nous visitons le siège de la cour royale Prussienne à Berlin, qui se compose de tous les tribunaux de l'Etat depuis les tribunaux de premier instance jusqu'à la Cour suprême. Dans la salle du tribunal de premier instance, s'installent 5 personnes, au milieu est le juge principal, deux juges d'accompagnent à ses côtés, et un assesseur et un magistrat délégué du gouvernement sont à ses côtés extrêmes... Le 29 février, après-midi, nous*

¹²⁶ Ils étaient l'Allemagne, la France, la Russie, l'Italie, le Pays-Bas, l'Autriche, l'Angleterre, le Japon et les Etats-Unis. Ils s'étaient allié déclencher la guerre envahissante à la Chine en répartissant le territoire chinois, les traités après la guerre imposés au gouvernement Qing ont causé à celui-ci une perte de 1,5 million kilomètre carrés de territoire chinois à la Russie, la soumission du Hongkong à la Grande-Bretagne, et une moitié de territoire chinois devenait colonie.

¹²⁷ « Documents historiques pour la préparation de l'établissement de la constitution à la fin de la dynastie Qing », *op.cit.* p.823.

¹²⁸ *Ibid.* 光绪32年12月御史吴枋在《厘定外省官制请将行政司法严定区别折》内明确提出：“若使司法分立，则行政官得专意爱民之实政，而审判官惟以法律为范围，两事既分，百弊杜绝。”

*visitons la prison de Berlin. Chaque criminel a un cachot dans lequel il y a des tables de travail qui servent comme lit la nuit. Ainsi le cachot ne semble pas aussi petit. La loi de ce pays est vraiment humaine...»*¹²⁹ Après chaque mission, des rapports d'enquête et d'étude devaient être soumis oralement et par écrit au gouvernement qui faisait son choix parmi toutes ces informations.

43. L'influence indirecte du droit européen sur le régime juridique chinois se fit à travers l'étude du droit japonais. De 1880 à la fin de 19^e siècle, le Japon avait achevé ses travaux législatifs sur la base du droit allemand, en édictant la constitution, en promulguant la loi pénale, civile, commerciale, de procédure pénale et civile, etc. Ces lois adoptées étaient des reproductions de lois allemandes correspondantes, à titre d'exemple, la première loi japonaise de procédure civile de 1890 était la traduction en version japonaise du Code de procédure civile de l'Allemagne, et cette loi fut appliquée pendant plus de 30 ans avant sa première modification où l'on supprima un petit nombre de règles inapplicables au Japon¹³⁰. Comme un juriste allemand le souligna *«le Japon n'est pas comme d'autres pays qui comparent les droits étrangers afin de les transplanter dans leur propre système. Le Japon veut plutôt compiler les Codes allemands afin de conserver au Japon le système juridique continental.»*¹³¹

Par conséquent, pour la Chine, imiter le système juridique japonais signifie une imitation du droit allemand. La distance géographique, la similarité des langues et des mœurs et coutumes entre les deux pays poussèrent les chercheurs chinois à faire leurs recherches au Japon plutôt que dans d'autres pays. Donc, il fut plus facile d'apprendre le droit occidental par l'intermédiaire du Japon¹³². A la fin du 19^e siècle, la plupart des lois et des ouvrages traduits et publiés en Chine étaient japonais. D'ailleurs, des experts japonais¹³³ étaient employés pour aider à rédiger les projets de lois civile, commerciale et pénale de Qing, achevés en 1908.

¹²⁹ « Journaux du voyage de mission dans neuf pays », volume 6, Edition Yuelu, 1986, p.387.

¹³⁰ XIE Huaishi, *Droit de procédure civile de la Fédérale de l'Allemagne*, Edition du Droit, 1984. p.8.

¹³¹ K.W. Noerr, *Transplantation juridique et acceptation du droit allemand par la Chine avant 1930*, trad. par LI Liqiang (traducteur), in *Etude du droit comparé*, 1984, n°2.

¹³² D'après KANG Youwei, *« Le Japon est plus proche de chez nous géographiquement. Ses régimes politiques et ses mœurs et coutumes ressemblent aux nôtres, de plus, il a obtenu une efficacité prompte après avoir imité le droit étranger, les dispositions dans ses lois sont particulièrement minutieuses et logiques, c'est beaucoup plus pratique pour nous de nous en servir. »* 康有为早在《南海先生四上书记·上清帝第五书》里就已说：“闻日本地势近我，政俗同我，成效最速，条理尤详，取而用之，尤易措手”。

¹³³ 冈田朝太郎 et 松岗义正. V. YANG Honglie, *Histoire des pensées juridiques de la Chine, op.cit.*, 1997, p.10.

44. Malheureusement, avant d'être renversée par les révolutionnaires chinois qui créèrent un gouvernement sous le règne du Parti national en 1^{er} janvier 1912, la dynastie Qing n'a même pas eu le temps de mettre en œuvre ses lois modernisées sur la base du droit des pays occidentaux, avec l'aide des experts étrangers dans la rédaction des textes. Cependant, les pensées juridiques, les doctrines et les théories juridiques des pays de l'Europe occidentale ont pénétré, depuis lors, continuellement dans le système juridique chinois, et influé sur son développement. Cela se voit dans la deuxième vague de 1920 à 1930 et dans la troisième vague de l'influence européenne à partir de 1978.

2. *La deuxième et la troisième vague de l'influence européenne*

(1) *Nature fugitive de la deuxième vague dans la Chine continentale*

45. L'insurrection de Wuchang ('武昌起义', 'wuchang qiyi') du 10 octobre 1911 dirigée par SUN Yat-sen, marque le prélude de la révolution de Xinhai ('辛亥革命', 'xinhai geming') qui renversa le régime monarchique féodal chinois de deux mille ans ; à sa suite est établie la République de Chine ('中华民国', 'zhonghua minguo') régie par le Parti national. Pendant cette période, du 1^{er} janvier 1912 jusqu'au 1^{er} octobre 1949 où se trouve la naissance de la République populaire de Chine ('中华人民共和国', 'zhonghua renmin gongheguo'), la Chine fut troublée par les tumultes de la guerre civile entre les seigneurs de guerre (de 1912 à 1928), par l'invasion du Japon (de 1938 à 1944) et par la guerre civile entre le Parti national et le Parti communiste (de 1945 à 1949).

46. Cependant, ces agitations sociales ne sauraient empêcher l'expansion de l'influence du droit de pays occidentaux sur le système juridique chinois. L'image de ce dernier a été complètement changée de nature féodale en capitaliste. Le gouvernement national entama les travaux de grande envergure de législation et de codification, en introduisant les systèmes juridiques étrangers axés sur le système continental européen¹³⁴. Le fruit de ces travaux législatifs fut remarquable, la charpente et les contenus du système juridique chinois à l'instar de celui des pays occidentaux industrialisés se traduisirent par la Compilation de Six Droits ('六法全书', 'liufa quanshu') qui se compose de six codes (constitutionnel, civil, pénal, de

¹³⁴ Zhang Guoan, Bai Xiaodong et Lin Weiming, *Histoire du système juridique de la Chine*, op. cit. p.380.

procédure civile et pénale, de commerce et organique de juridiction, etc.)¹³⁵. Parmi ces six codes, «*le code civil a adopté principalement le contenu du code civil allemand.*»¹³⁶ De 1911 à 1949, plus de 4300 ouvrages juridiques étaient traduits et publiés en Chine, dont 300 étaient dédiés au droit constitutionnel¹³⁷.

Les instruments juridiques étaient bien préparés mais la Chine continentale n'en fut pas le champ d'application entre 1949 et 1978. Avec l'échec militaire total du Parti national de 1949, la Compilation des six droits ainsi que le gouvernement de la République de Chine furent transportés dans l'île Taiwan¹³⁸. Malgré sa nature fugitive en Chine continentale, le système juridique européen développa continuellement son influence sur la modernisation du système juridique chinois, mais, de manière restreinte, c'est-à-dire via l'influence géographique de l'île Taiwan.

(2) Période transitoire entre la deuxième vague et la troisième vague

47. Après la création de la République populaire de Chine, le gouvernement chinois avait radicalement aboli la Compilation de Six Droits édictée par le gouvernement précédent en encourageant l'imitation du système soviétique des années 1950 à 1960. D'un côté, l'ex-URSS envoya ses experts juridiques en Chine pour aider à rédiger les projets de loi et pour enseigner le droit soviétique aux établissements supérieurs chinois. D'un autre côté, la Chine envoya des chercheurs sélectionnés pour aller en Russie pour faire des recherches scientifiques dans le domaine du droit. Les théories et doctrines soviétiques furent introduites de manière significative.

Cependant, ce mouvement d'emprunt juridique perdit de sa vigueur tout de suite après la dégradation de la relation diplomatique entre la Chine et l'ex-URSS en 1962. D'ailleurs, à partir de 1966, le nihilisme juridique soulevé par la Grande Révolution culturelle rendit caduque tous les organismes judiciaires qui furent remplacés par des comités révolutionnaires, et empêcha tout travail législatif et judiciaire. La Chine entra dans un état bizarre de vide du droit pendant douze ans jusqu'en 1978. Après la pluie, le beau temps. La Chine attendait la troisième vague de l'influence occidentale sur son système juridique.

(3) Approfondissement et extensibilité de la troisième vague

¹³⁵ ZHANG Guoan, BAI Xiaodong et LIN Weiming, *Histoire du système juridique de la Chine*, op.cit. p.386.

¹³⁶ Ulrich Manthe, *Roman Law in the People's Republic of China*, in «Asian», 1984, n° 10, P.59.

¹³⁷ FENG Yujun, *Pénétration du droit occidental au système juridique oriental : le regard rétrospectif et la perspective de la transplantation juridique du droit étranger par la Chine*,

<http://www.dffy.com/bbs/dispbbs.asp?boardid=3&Id=6007&page=63>.

¹³⁸ *Supra*. n°16.

48. La politique de réforme et d'ouverture de 1978 marque le début de la troisième vague de l'influence juridique des pays industrialisés occidentaux sur le système juridique de la Chine. «*Le colloque intitulé 'la transplantation juridique et l'autochtonisation du droit étranger' tenu à l'Université de Xiangtang, organisé par l'Institut national de l'Histoire des Systèmes Juridiques Etrangers en avril 2000 signifie que la recherche de la transplantation du droit étranger dans le système juridique de Chine a atteint un niveau sans précédent.*»¹³⁹

49. À la différence de la première et de la deuxième vague de l'influence juridique des pays industrialisés occidentaux, la troisième vague fut déclenchée spontanément de l'intérieur de la Chine. Incommensurable est sa capacité d'absorption de la quintessence des différents systèmes juridiques étrangers. Selon des statistiques¹⁴⁰, toutes les grandes maisons d'édition ont publié dix séries de collection de livres concernant le droit étranger, au total deux cents livres. Parmi ces séries de collections, les plus importantes sont la «Collection de droits étrangers» composée de 24 livres qui sont les lois étrangères traduites en version chinoise¹⁴¹, la «Collection de traduction des Ouvrages juridiques de renom» composée de 15 livres étrangers traduits¹⁴², la «Collection de philosophies du droit occidental» dont 12 livres ont été publiés par la Maison d'Édition du Droit, et la «Collection de traduction du droit américain» par la Maison d'Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine. Les lois traduites et publiées pendant ces derniers vingt ans comprennent les constitutions et les codes civils, pénaux, procéduraux, commerciaux, de presque toutes les branches du droit des pays, principalement des États-Unis d'Amérique, de l'Allemagne, de la France, de la Grande-Bretagne, de la Russie, de l'Italie, du Japon et de quelques pays de l'Europe de l'est.

Parmi les ouvrages étrangers traduits en version chinoise, il est permis en énumérer quelques uns :

S'agissant du droit général citons : « Les grands systèmes de droit contemporains » de René David et Camille Jauffreyt-Spinosi (Français)¹⁴³, «La tradition jurídica romano-canonica (Historia)» de John Henry Merryman

¹³⁹ FENG Yujun, *op.cit.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Publié par la Maison d'Édition de l'Encyclopédie de Chine.

¹⁴² Publié par la Maison d'Édition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine.

¹⁴³ Traduit par QI Zhusheng, Shanghai Translation Publishing House, 1984.

(Américain)¹⁴⁴. En ce qui concerne le droit comparé : «Introduction au Droit Comparé» de René Dodièrè¹⁴⁵, «The Making of the Civil Law» d'Alan Watson¹⁴⁶; «Comparative Legal Cultures» de Henry.W. Ehrman¹⁴⁷; «State and Law in the Development Process» de Ann Seidman et Robert B. Seidman¹⁴⁸. Quant au droit de la concurrence, «Antitrust Law» de Richard. A. Posner¹⁴⁹ est le plus connu des experts chinois en matière.

50. Outre ces recommandations impératives du droit étranger, toutes les lois promulguées ont reçu une influence de celui-ci. A titre d'illustration, la Loi concernant les entreprises à capitaux mixtes sino-étrangers de 1979, révisée à deux reprises en 1990 et 2001 fait référence au droit de 18 pays étrangers, la Loi de la normalisation et la Loi fiscale sur les impôts des entreprises étrangères et les entreprises à capitaux mixtes sino-étrangers fait référence au droit d'une vingtaine de pays étrangers.

51. Le mouvement de transplantation du droit étranger dans le système juridique chinois a deux caractéristiques, à savoir, l'approfondissement et l'extensibilité.

D'une part, l'étude comparée du droit étranger en Chine, dans le contexte interne de la période transitoire et celui de l'évolution rapide du droit due à la mondialisation, s'est affranchi de l'étape préliminaire des simples recommandations du droit étranger par la traduction des lois et des ouvrages juridiques étrangers, et est entrée dans l'étape approfondie qui se traduit par une étude multidisciplinaire (juridique, philosophique, anthropologique, et économique, etc.) avec des multi-procédés (juridique et économique, ou bien vertical et horizontal).

Dans le monde de la doctrine juridique chinoise, en ce qui concerne les sujets d'étude du droit dans une société en transition et de l'évolution du droit, les recherches sont menées par plusieurs centres de hautes études juridiques de différentes universités. Par exemple, le Centre de recherche de la modernisation du système juridique à l'Université normale supérieure de Nanjing, le Centre de recherche de l'évolution historique du droit à l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, le Centre de recherche de la mondialisation du droit à

¹⁴⁴ Traduit par GU Peidong et LU Zhengping, Knowledge Publishing House, 1984 et 2004.

¹⁴⁵ Traduit par XU Baikang, Shanghai Translation Publishing House, 1989.

¹⁴⁶ Traduit par LI Jingbing et YAO Xinhua, Edition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 1992.

¹⁴⁷ Traduit par HE Weifang et GAO Hongjun, Beijing Sanlian Publishing House, 1990.

¹⁴⁸ FENG Yujun et YU Fei, Edition du Droit, 2006.

¹⁴⁹ Traduit par SUN Qiuning, Edition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 2003.

l'Université du Peuple chinois, le Centre de recherche de l'évolution jurisprudentielle à l'Université de Beijing et Université du Peuple chinois, et le Centre de recherche du droit évolutif international à l'Université des Sciences politiques et juridiques du Nord-Ouest de Chine, etc.

D'autre part, dans la première et la deuxième vague de l'influence du système juridique occidental, l'attention du juriste chinois était attirée principalement par les pays de l'Europe occidentale. Or, dans la troisième vague, le juriste chinois met l'accent sur la recherche du droit des Etats-Unis d'Amérique, tout en restant vigilant sur le développement du droit européen.

52. Autrefois, la transplantation du droit étranger dans le système autochtone chinois était simple et sans ambages : traduire pour copier, Dorénavant, toute la transplantation est basée sur l'étude comparée entre les systèmes juridiques principaux de la planète, plus souvent entre les systèmes américain et européen. Proportionnellement, la quantité des ouvrages étrangers traduits et publiés en Chine diminue, puisque de plus en plus de juristes chinois peuvent lire directement les ouvrages étrangers originaux en faisant une comparaison des faiblesses et des mérites entre les systèmes étrangers.

II. Transformation du système juridique chinois sous l'influence européenne

53. L'influence du droit occidental sur le développement du système juridique chinois est incommensurable et profonde. Pendant un siècle et demi, le système juridique occidental a rénové la conception juridique chinoise traditionnelle et a fait développer un nouveau système juridique pénétrant la culture juridique chinoise traditionnelle.

54. Dans le développement de la conception juridique chinoise, le système juridique occidental joue un rôle révolutionnaire. Son introduction en Chine a aidé le peuple chinois à avoir une nouvelle conception juridique, démocratique et humaine. Beaucoup des concepts du système juridique occidental, auparavant inédits en Chine, ont commencé à se répandre et s'enraciner dans le milieu de l'intelligentsia chinoise, d'abord, et ensuite, dans le peuple. Les concepts acceptés déjà par le peuple chinois comme des connaissances communes et élémentaires concernent souvent, par exemple, le droit de l'homme, l'égalité devant la loi, la liberté d'expression, l'inaliénabilité des propriétés privées, les droits et intérêts des consommateurs, des femmes, des enfants et des personnes dans des positions inférieures, l'obligation de

payer l'impôt, la protection de l'environnement, la responsabilité sociale des citoyens et la responsabilité juridique des entreprises dans la qualité des produits, la position de monopole, la liberté de concertation commerciale, la liberté de fixation des prix, la transparence de l'administration, l'Etat de droit et l'anti-dictature, etc.¹⁵⁰ Tous ces concepts révolutionnaires libèrent l'esprit chinois en renversant le règne de la politique obscurantiste de deux mille ans sur un peuple modelé de manière confucianiste en une figure docile, bonasse, ignorante et frugale. Par conséquent, il n'est pas étonnant de lire des assertions comme «*S'il est au monde un peuple commerçant, c'est le peuple chinois*»¹⁵¹, car, la mentalité chinoise se changea sous l'influence de la culture juridique occidentale de nature capitaliste.

55. Dans le développement de la science juridique de la Chine, la transplantation du droit occidental joue un rôle rénovateur en plusieurs aspects.

Primo, le système juridique chinois suit la hiérarchie des normes - traité internationaux, Constitution, lois organiques, lois ordinaires, décrets, arrêtés, etc. Les lois ordinaires se classent en droit civil et commercial, droit pénal, droit de procédure (pénale et civile). Il existe aussi une distinction du droit international et du droit national, une distinction du droit public et du droit privé et les sous-distinctions du droit, par exemple, le droit civil se compose du droit de l'obligation, de la propriété, de la famille et de l'héritage, etc. La méthodologie des distinctions du droit est, sans doute, tirée du système romano-germanique. Pendant la rédaction du projet du code civil de ces dernières années, les civilistes chinois du courant principal proposèrent de ne plus suivre la modalité allemande, mais d'associer les mérites du système du continent européen et du système de common law afin que le droit de l'obligation et le droit de la personne soient séparés en deux livres.

Secundo, quant aux régimes juridiques, politiquement, sont apparus successivement dans l'histoire moderne de la Chine, le régime présidentiel, le régime parlementaire, le régime électoral, le régime représentatif et le régime politique du parti ; ces deux derniers sont des régimes existants pour l'heure ; civilement, il y a le régime de personne morale, de propriété, d'obligation, de prescription, de mandataire, de tutelle, de filiation, de succession, de garantie des biens, etc. ; pénalement, il y a le régime de l'ordre judiciaire du jugement, de défense, de jury de jugement, de preuve, d'avocat,

¹⁵⁰ HE Qinhua et LI Xiuqing, *Droit étranger et Droit chinois- réflexion sur la transplantation du droit étranger dans le droit chinois au 20ième siècle*, op.cit. p. 17.

¹⁵¹ Dominique BRAULT et Julienne CHANG, op.cit.

etc. De plus, dans le domaine du droit économique et du droit de la propriété intellectuelle, presque tous les régimes proviennent du système romano-germanique¹⁵².

Tertio, les principes juridiques chinois comprennent des principes constitutionnels, tels que le principe de la démocratie, de l'égalité devant la loi, de la souveraineté populaire, des droits fondamentaux de l'homme ; des principes civils comme le principe de liberté contractuelle, le principe d'égalité de personnalité juridique, de l'imputabilité de faute, etc. ; des principes commerciaux, tels que la liberté de transaction et de fixation de prix, la concurrence loyale, la bonne foi, la transparence interprofessionnelle et le décloisonnement du blocus du marché géographique ; des principes pénaux comme le principe de «*nulla poena sine lege*» ('罪刑法定原则', 'zuixing fadings'), le principe de la présomption d'innocence ('无罪推定原则', 'wuzui tuiding') et le principe de la proportion de la peine à la faute ('罪刑相适应原则', 'zuixing xiangshiying') ; des principes procéduraux comme ceux de la non-rétroactivité ('法不溯及既往原则', 'fa bu suji jiwang'), de «*ne bis in idem*» ('一事不再理原则', 'yishi buzaili'), etc. Ils sont tous issus du système juridique du continent européen.

Quarto, la plupart des vocabulaires juridiques en droit chinois sont aussi empruntés au droit européen, tels que 'actes juridiques', 'arbitrage', 'constitution', 'droit civil', 'droit privé', 'citoyen', 'droits', 'personne physique ou morale', 'droit écrit', 'droits de biens', 'propriété', 'enrichissement indû', '*negotiorum gestio*', 'contrôle de concentration', etc. Il est envisageable qu'avec l'approfondissement de la mondialisation du droit, une part importante du vocabulaire juridique du système du common law, soit devenu une part importante du vocabulaire juridique chinois, tels que 'mortgage' ('按揭', 'anjie'), 'risk' ('风险', 'fengxian'), 'punitive damages' ('惩罚性损害赔偿', 'chengfaxing sunhai peichang'), 'insider trading' ('内幕交易', 'neimu jiaoyi'), 'trust' ('信托', 'xintuo'), 'antitrust' ('反垄断', 'fanlongduan'), 'M&A, Merger & Acquisition' ('并购', 'bingguo'), 'product recall' ('产品召回', 'chanping zhaohui'), 'cost of transaction' ('交易成本', 'jiaoyi chengben'), 'right to know' ('知情权', 'zhiqing quan'), 'right of privacy' ('隐私权', 'yinsi quan'), etc.

¹⁵² FENG Yujun, *op. cit.*

Quinto, depuis la fin de la dynastie Qing, la Chine a établi une institution d'établissement supérieur du droit à l'instar de celle des pays européens occidentaux. La Grande Ecole normale de la Capitale ('京师大学堂', 'jingshi daxuetang') créée en 1898 institua deux cursus, à savoir la science politique et la science du droit qui se composait du droit allemand, français, anglais et japonais¹⁵³. Sous le règne du Parti national avant 1949, toutes les grandes universités chinoises avaient leur faculté de droit dont le délai d'éducation, les méthodes pédagogiques, le régime d'enseignement, l'institution du cursus, les manuels choisis, le régime de titre et de promotion des professeurs de droit, l'octroi du grade (licence, maîtrise et doctorat) étaient empruntés à la France, le Japon et l'Allemagne¹⁵⁴. Ces régimes ont été repris après 1978. A la fin du 20^e siècle, le régime de l'éducation pour le grade de maîtrise de trois ans d'étude approfondie après quatre années d'étude pour la licence en droit a comme modèle le modèle de formation J. D. du Law School des Etats-Unis. Ensuite, trois ou quatre années de recherches spécialisées conduisent les chercheurs au plus haut niveau de diplôme : le doctorat. A la différence du régime occidental de l'accès à ces trois étapes d'étude et de recherche, le régime chinois exige un concours national dans la première et la deuxième étape, c'est-à-dire l'étude en licence et l'étude en maîtrise, et un concours spécifique selon chaque université qui a une faculté de droit, pour entrer en doctorat.

In fine, quant à la profession du droit, les régimes de juge, de magistrat et d'avocat ont été transplantés des régimes européens occidentaux avant 1949. Après cette année-là, la suppression des anciens régimes a été suivie par l'imitation complète du système judiciaire soviétique, y compris pour le régime organique de juridiction, le régime de parquet et le régime d'avocat, ainsi que pour les règles procédurales dans les procédures civile et pénale. A partir de mars 2002, les trois examens de certificat d'aptitude à la profession d'avocat, de juge et de magistrat ont été unifiés, ce régime d'examen étant inspiré du modèle japonais.

56. Au bout du compte, après 150 ans de transplantation du droit étranger dans le système juridique chinois, celui-ci n'est plus l'ancien instrument de répression qui n'avait vocation que de soutenir une monarchie absolue. *« Dans ce processus révolutionnaire de la tradition à la modernisation, en tant que fruit de l'interaction*

¹⁵³ « Statuts impériaux de l'institution de la Grande Ecole normale de la Capitale » en 1902.

¹⁵⁴ FENG Yujun, *op. cit.*

*des facteurs intrinsèques et extrinsèques, le droit chinois s'est aligné sur le système juridique du continent européen.»*¹⁵⁵ Cependant, c'est un fruit hybride, car en culture, la nature du droit public marche de pair avec la nature du droit privé ; en esprit du droit, les concepts de l'Etat de droit et l'«Etat d'homme»¹⁵⁶ s'effectuent conjointement ; en finalité du droit, la poursuite du non-litige confucianiste et celle de la justice de la société civile ne sont pas des propositions contradictoires, en vocation du droit, la protection impériale de l'intérêt public commence à céder sa place à la protection des intérêts individuels¹⁵⁷. En un mot, en Chine, est en train de se former une société civile sur laquelle sont envisageables l'édifice de l'Etat de droit dont le pilier principal est le droit privé et l'édifice de l'économie de marché dont l'instrument de contrôle est le droit de la concurrence. Celui-ci, en tant que branche toute nouvelle de la famille juridique chinoise est inévitablement inspiré par le droit antitrust américain et par le droit européen de la concurrence.

§2. Aspects d'inspiration européenne du droit chinois de la concurrence

57. Le droit chinois de la concurrence a puisé son inspiration dans le système européen pour deux raisons principales, l'une est que les contextes économiques dans lesquels est né le droit de la concurrence sont similaires entre la Chine et l'Europe (I), l'autre est qu'il existe des similarités entre le système juridique chinois et le système romano-germanique (II).

I. Possibilité de l'inspiration européenne due au rapprochement entre deux systèmes de la concurrence dans l'établissement de l'économie de marché

1. Similarité dans l'établissement de l'économie de marché

58. La concurrence, qui est avant tout l'expression d'une liberté, reconnue par le droit, une permission d'entrer en compétition avec d'autres acteurs économiques en

¹⁵⁵ GONG Pixiang, *La révolution juridique en Chine moderne*, Edition du Droit, 1999, p.32. v. égal., ZHANG Zhongqiu, *Etude comparée des cultures juridiques chinoises et occidentales*, Edition de l'Université de Nanjing, 1991 ; FAN Zhongxin, *Similarités coïncidentes et différences entre les cultures juridiques chinoises et occidentales*, Edition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 2001, p.287 ; et JIN Zhenchao, *L'influence de la transplantation du droit occidental sur la culture juridique traditionnelle de la Chine à la fin de dynastie Qing*, in *Journal de l'Université d'Agriculture de Chine-sud (sciences sociales et humaines)*, 2005, n°4.

¹⁵⁶ *Supra*. n°6.

vue de la conquête d'une clientèle, n'a été formulée qu'au seuil du XIX^e siècle en Europe, lorsque les idées économiques libérales ont été largement acceptées¹⁵⁸. Par conséquent, les règles de concurrence sont nées dans le développement économique, *et considérées comme la clé de voûte de l'économie de marché*¹⁵⁹. Même si les droits de la concurrence de l'Union européenne et de la Chine ont vu le jour en des temps différents et dans des situations différentes, leur naissance et leur évolution sont, dans l'établissement de l'économie de marché, dues à l'action de multiples facteurs similaires, économique d'abord, politiques ensuite, idéologiques et sociaux, etc¹⁶⁰.

59. En premier lieu, les facteurs économiques sont similaires. Au cours de l'établissement de l'économie de marché, l'Europe se voit successivement dans la révolution industrielle du XIX^e siècle qui fut le triomphe du libéralisme ; dans l'intervention ponctuelle de la puissance publique pour remédier aux excès du libéralisme et pour assurer la police de l'économie à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle ; dans la crise des années 1929-1930 et durant la Seconde Guerre mondiale qui fut l'époque de l'économie dirigée¹⁶¹ ; dans la période des concentrations capitalistes *des années 1945-1973 où l'ensemble des économies occidentales mettent à leur actif des performances sans précédent*¹⁶² et dans l'ouverture des frontières et la mondialisation des échanges favorisée par des institutions communautaires commençant d'abord par celle de la Communauté Economiques Européenne créée par le Traité de Rome du 25 mars 1957.

La Chine a rencontré des phénomènes économiques qu'avait aussi dû affronter l'Europe. Seul l'ordre chronologique de ces phénomènes qui sont apparus dans le continent européen et dans le continent chinois diffère. La victoire des communistes

¹⁵⁷ La promulgation de la Loi sur la propriété en 2005 en est une illustration.

¹⁵⁸ Sur la formation du droit de la concurrence : Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet, *Droit de la concurrence*, édition Dalloz ; 2006, p.1.

¹⁵⁹ André DECOCQ, Georges DECOCQ, *Droit de la concurrence : Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 3^e édition, 2008. p.302.

¹⁶⁰ Professeur Michel Pédamon indique, dans «*Droit commercial : Commerçant et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce* », que le droit commercial de la France depuis 1807 a beaucoup évolué et il s'est profondément rénové. Cette évolution et cette rénovation sont dues à l'action de multiples facteurs qui sont des facteurs économiques comme la révolution industrielle, la crise économiques et les concentrations capitalistes ; des facteurs politiques : l'instauration de la démocratie, la constitution de l'Union européenne ; des facteurs idéologiques : le progrès des doctrines socialistes, l'apparition d'un néo-libéralisme ; des facteurs sociaux : la revendication des salariés, l'aspiration générale vers plus de justice ; des facteurs humains enfin : les travaux des grands commercialistes du XIX^e siècle. etc. Nous suivrons la trame qu'il nous a laissé pour déployer notre analyse comparée.

¹⁶¹ Les pays européens occidentaux ont mis en place des instruments de contrôle et de direction de l'économie rigoureux au point que des réglementations impératives en sont venues à organiser la taxation des prix, le contrôle des changes, le contingentement des importations, la réglementation du crédit, la répartition des matières premières...

en Chine (octobre 1949) ouvre la voie à une stratégie de développement planifié, dont le caractère volontariste s'affirme dès le milieu des années 1950. L'autosuffisance nationale est l'un des objectifs déclarés. L'édification d'une base d'industrie lourde constitue la première priorité des Plans.

La politique de la réforme économique et l'ouverture au monde a mis la Chine sur les rails de la mondialisation économique à partir de 1978. Ensuite, depuis plus de trente ans, en achevant le parcours de l'édification de l'économie de marché que l'Europe avait réalisée pendant à peu près cent cinquante ans¹⁶³, la Chine est passée à la période du « libéralisme » de 1978 au milieu des années 1990 où la participation à la vie économique était une tentation pour tout le peuple (résumé en une formule un peu exagérée : « *un milliard de chinois dont 90% sont des commerçants et 10% hésitent à faire du commerce* »); et par la période de la concentration capitaliste à travers la réforme des entreprises d'Etat et la politique de la concentration des entreprises depuis le début des années 1990 jusqu'à l'an 2008, l'année de l'entrée en vigueur de la Loi antimonopole dont un chapitre est consacré au contrôle de concentrations des entreprises, l'intervention ponctuelle du pouvoir public devenant une intervention régulière par voie de négociations, de concertations et d'accords.

En effet, durant toutes ces années de réforme économique, l'action de l'Etat joue un rôle crucial, il a cherché « *à orienter le développement de l'économie en inscrivant les objectifs à atteindre dans des plans économiques et en incitant les entreprises industrielles, commerciales à contribuer à la réalisation de ces objectifs* », - ce sont les mêmes descriptions que celles du Professeur Michel Pédamon, dans la période du redressement de l'Europe occidentale après 1945¹⁶⁴. La dimension de l'intégration expéditive de la Chine à la mondialisation des échanges qui sont sans précédent et sans équivalent accélère le processus d'édification de l'économie de marché au sein de son territoire.

60. En deuxième lieu, des facteurs politiques sont similaires : dans l'Europe occidentale qui a été ravagée par deux guerres mondiales, la paix constitue la condition préalable du développement économique et de l'édification de l'économie

¹⁶² Jean-Charles Asselain, *Histoire économique du XXe siècle – la réouverture des économies nationales (1939-1980)*, presses de Sciences PO & Dalloz, 1995, p.67.

¹⁶³ Quelques grandes lois commerciales datent de l'époque du triomphe du libéralisme jusqu'en 1957 étaient, par exemple, en France: la loi du juillet 1844 sur les brevets d'invention, la loi du 24 juillet 1867 sur la constitution des sociétés anonymes, la loi du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

¹⁶⁴ Michel Pédamon, *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, édition Dalloz, 2000, 2^e édition, p.6.

de marché. A la connaissance commune et générale que le monopole militariste est la cause de conflits sanglants et que la paix «*ne saurait être sauvegardée sans des efforts créateurs à la mesure des dangers qui la menacent*»¹⁶⁵, des pays occidentaux se sont mis d'accord pour adopter **une politique d'ensemble de l'instauration de la démocratie** au sein des communautés européennes par voie de trois traités fondamentaux, à savoir le Traité de Paris du 18 avril 1951 qui crée la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier (CECA), et les deux traités de Rome du 25 mars 1957 desquels sont issues la Communauté européenne de l'Energie atomique (Euratom) et surtout la Communauté économique européenne (CEE) et **la politique de la constitution d'un ensemble européen** qui se traduit par la première révision d'ensemble du traité, c'est-à-dire l'Acte Unique européen signé le 17 février 1986, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987. L'Acte Unique européen rassemble en un seul instrument juridique des dispositions portant réforme des institutions européennes, extension et approfondissement des politiques communautaires. Au titre de ceux-ci, l'Acte Unique fixait au 31 décembre 1992 l'achèvement du grand marché intérieur européen ; celui-ci étant défini comme «*un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du Traité de la CEE.*»¹⁶⁶

La politique de l'Europe unifiée a été approfondie par le Traité de Maastricht, signé le 7 février 1992, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, qui institue l'« Union européenne » dans laquelle s'intègre la « Communauté européenne ». Il parachève le Marché commun par une « Union économique et monétaire » qui a abouti à l'adoption d'une monnaie unique : l'euro, appelé à remplacer à compter du 1^{er} janvier 2002, les monnaies nationales.

En Chine, le Gouvernement tire une rude leçon du mouvement de Grand-Bond-Avant et de la Grande révolution culturelle des années 1950 -1970 que la démocratie au sein du Parti communiste constitue la condition sine qua non pour la réussite de la politique de réforme et d'ouverture économique de la Chine. Depuis 1978, le développement de l'économie chinoise s'est accompagné de la démocratisation politique du PCC, malgré des critiques à la fois intérieures et extérieures sur d'innombrables insuffisances de cette réforme politique.

¹⁶⁵ Robert Schuman, Déclaration du 9 mai 1950. http://europa.eu.int/abc/symbols/9-may/decl_fr.htm.

¹⁶⁶ L'article 8 A, al. 2 de l'Acte Unique européen.

Trois événements illustrent les grands efforts déployés par le Gouvernement chinois : le premier est le 12^e Congrès du PCC de 1982 qui a institué la Commission centrale des conseillers et la Commission centrale de contrôle de la discipline à côté du Bureau politique du Comité central (BpC), aux fins de prévenir la concentration du pouvoir dans la main d'un seul homme, de renforcer la décision collective de ces commissions et du BpC et de se prémunir contre le despotisme, faiblesse innée du monopartisme. Le deuxième événement est la révision des Statuts du PCC¹⁶⁷ qui soulignent que le Parti communiste doit mener toutes ses activités de manière rigoureuse, en conformité avec la Constitution et dans le cadre juridique. Enfin, en 1987, le 13^e Congrès du PCC fixe l'objectif général de la réforme politique qui est de construire *la politique démocratique socialiste à la chinoise* (‘中国特色的民主政治’, ‘zhongguo tese de minzhu zhengzhi’)¹⁶⁸ et de *renforcer le régime démocratique de légalité et d'égalité* tout en promouvant les mérites du régime monocratique du PCC et en supprimant ses insuffisances (‘兴利除弊’, ‘xingli chubi’).

Parmi les insuffisances inhérentes au régime, l'abus du pouvoir administratif met en cause la légitimité du régime du PCC et constitue une véritable cause du cloisonnement du marché chinois. Soucieux de la menace de l'échec du régime du PCC dû à la corruption et de l'échec de la réforme économique dû au particularisme régional, le gouvernement chinois a entamé la lutte contre la corruption et le

¹⁶⁷ Le 12^e Congrès du PCC et affirmé dans le 13^e Congrès de 1987.

¹⁶⁸ La «démocratie», un mot étranger, qui est née dans la pensée politique de l'ancienne Grèce. D'après Otanès, la démocratie est un régime populaire caractérisé essentiellement par l'*isonomie*, la loi (*nomos*) égale (*isos*). Le gouvernement propre à Athènes «a reçu le nom de démocratie, comme n'étant pas dans la main du petit, mais du grand nombre». Ainsi, la démocratie se caractérise-t-elle d'abord par la souveraineté de la multitude. Deux principes fondamentaux peuvent mettre à l'épreuve d'un gouvernement démocratique ou non : l'égalité des lois (l'*isonomie*) et la liberté d'opinion (l'*iségorie*). Voir, Georges LESCUYER, «*Histoire des idées politiques*», édition Dalloz, 2001, 12^e édition. pp.32, 40, 41 et 585-593.

Selon le Préambule de la Constitution chinoise de 1982, la République populaire de Chine est un pays de la dictature démocratique populaire, dirigée par la classe ouvrière et fondée sur l'alliance entre ouvriers et paysans, et le Parti communiste chinois est le représentant de la masse populaire des ouvriers et paysans. Ainsi donc, le régime du PCC est le régime de la multitude.

Les théoriciens chinois constatent que les critères qui examinent la démocratie d'un régime sont issus de la démocratie constitutionnelle des pays industrialisés occidentaux et que ces critères ont été concrétisés par trois faits : le bipartisme, l'élection au suffrage universel et la séparation de trois pouvoirs. D'après eux, ce modèle de démocratie en tant que fruit du développement industriel à haut niveau ne doit pas être l'unique vérité ayant une valeur universelle à vérifier toutes sortes de sociétés humaines, car l'idée de la «démocratie» est évaluant en temps, en espace et dans la tradition de chaque pays. Il n'existe point de démocratie abstraite, mais seulement de la démocratie concrète. Ainsi, partiels sont les critiques sur la base du modèle occidental du régime démocratique de la Chine. Selon l'ambassadrice chinoise en Angleterre, Mme FU Yin, le non élection au suffrage universel en Chine n'est pas un critère objectif pour apprécier si la Chine est un pays démocratique ou non. Ce qui importe est de savoir si le gouvernement écoute les opinions publiques et si la décision est prise par le gouvernement de manière démocratique. De plus, la Chine est en état préliminaire de l'industrialisation, avec sa longue histoire et sa propre culture. Si la Chine copie ou adopte le modèle de la démocratie des pays occidentaux industrialisés, cela sera, en effet, non démocratique. Voir «*Journal conjoint du Matin*», le 2 octobre 2008.

monopole administratif local par voies de mouvements successifs de rectification du style de travail au sein du PCC et de réglementations administratives sur la répression du blocus régional à la circulation de produits et de services.

En fin du compte, les facteurs politiques, aussi bien en Europe qu'en Chine, qui influèrent sur la conception et le développement du droit de la concurrence ne sont rien d'autres que l'instauration de la démocratie et l'unification du marché.

61. En troisième lieu, les facteurs idéologiques eurent une répercussion de même ampleur en Europe et en Chine. D'après le Professeur Michel Pédamon, le progrès des doctrines socialistes et l'apparition d'un néo-libéralisme constituent les facteurs qui agissent sur l'évolution et la rénovation du droit commercial en France, et du droit de la concurrence européen.

Pour l'Europe, le surgissement des doctrines socialistes est, en effet, une révolte contre le capitalisme à son apogée, un refus de la situation et de sa prolongation, car, selon Albert Camus, la révolte n'est concevable que dans un monde désacralisé et que dans un ordre humain où toutes les réponses sont humaines, c'est-à-dire raisonnablement formées¹⁶⁹. L'existentialisme révolutionnaire de Jean-Paul Sartre attribue la cause de cette révolte à la « *réalité du marxisme, la lourde présence à son horizon des masses ouvrières, corps énorme et sombre qui vivait le marxisme, qui le pratiquait et qui exerçait à distance une irrésistible attraction sur les intellectuels petits bourgeois.* »¹⁷⁰ D'après ce dernier, le marxisme est indépassable au moins pour notre temps : « *...Il y a le moment de Descartes et de Locke, celui de Kant et de Hegel, enfin celui de Marx. Ces trois philosophies deviennent, chacune à son tour, l'humus de toute pensée particulière et horizon de toute culture. Elles sont indépassables tant que le moment historique dont elles sont l'expression n'a pas été dépassé... J'ai dit et je répète que la seule interprétation valable de l'histoire humaine était le matérialisme dialectique.* »¹⁷¹ Cependant, la révolte contre le capitalisme, selon Camus, doit être à l'action avec une « violence limitée », c'est-à-dire un syndicalisme révolutionnaire.

En Chine, le débat sur l'idéologie prend un sens inverse de celui de l'Europe occidentale. La Chine de MAO Zedong (MAO Tsé-Toung) avant 1978 était un Etat

¹⁶⁹ Albert Camus, *L'homme révolté*, éditions Gallimard, 1951, p. 36.

¹⁷⁰ J.-P. Sartre, *Questions de méthodes*, Paris, Gallimard, 1960, col. Idées, p.27.

¹⁷¹ J.-P. Sartre, *Critique de la raison dialectique*, Paris, Gallimard, 1960, p.27 et 134.

du socialisme orthodoxe¹⁷² dont le système démocratique est réservé au peuple, qui bénéficie de « *la liberté de parole, de réunion et d'organisation. Le droit de vote n'est accordé qu'au peuple et non aux réactionnaires* » qui sont « *les laquais de l'impérialisme, sur la classe de propriétaires fonciers et du capital bureaucratique.* » Car la liberté de parole, de réunion et d'organisation et le droit de vote sont « *ces deux aspects, démocratie pour le peuple et dictature pour les réactionnaires, qui constituent en soi la dictature de la démocratie populaire.* »¹⁷³ Ainsi, l'éducation de cette nouvelle morale est plus importante que toute autre chose dans l'édification d'une société de nouvelle démocratie. C'est ainsi que, selon MAO, la révolution culturelle doit précéder la révolution économique.

La prise du pouvoir par DENG Xiaoping après 1978 fut, en effet, une sorte de « démaoïsation » aussi spectaculaire que la déstalinisation. Pourtant, l'événement de la Place de Tian An Men de 1989 et l'échec de la réforme politique radicale de Mikhaïl Gorbatchev de 1991 sont pour DENG le glas sonné d'une démaoïsation radicale. « *S'appuyant sur l'effondrement soviétique contre le conservatisme d'une gérontocratie attachée à une orthodoxie décréditée* »¹⁷⁴, M. DENG invente une théorie dite du « Bon chat »¹⁷⁵ pour justifier la réforme économique en Chine. Le sens sous-jacent de l'assertion est que n'importe quel régime, capitaliste ou socialiste, qui saurait s'enrichir est le bon. Cette théorie est dévoilée entièrement en 1992 au cours de l'inspection de DENG à Shenzhen, un petit village portuaire en face de Hongkong. A l'entretien avec les cadres de la province de Guangdong, M. DENG relève de manière définitive qu'il n'est pas question de discuter si la réforme économique de la Chine est socialiste ou capitaliste, car le socialisme a besoin aussi d'une révolution industrielle et économique, celle-ci n'est pas un privilège inhérent du capitalisme. Le marché est « *un facteur fondamental dans l'utilisation des ressources* », mais sous « *le macro contrôle de l'Etat* » dans lequel « *le rôle dirigeant du PCC est irremplaçable.* »¹⁷⁶ D'ores et déjà, pour les théoriciens chinois,

¹⁷² Voir, Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, édition Dalloz 2001, 14^e édition, pp.572-575.

¹⁷³ MAO Zedong, *Sur la révolution de la nouvelle démocratie populaire*, in *Oeuvres choisies de Mao Zedong*, vol. 2. <http://www.oklink.net/a/0010//1014/mzd/044/htm>.

¹⁷⁴ Georges Lescuyer, *op.cit.* p.575.

¹⁷⁵ Le fameux assertion de DENG est « le bon chat est celui qui peut attraper les rats, n'importe qu'il soit noir ou blanc ». D'après cette théorie, il importe peu la façon et le moyen dont on emploie pour s'enrichir. Voir, DENG Xiaoping, « *Comment rétablir la production agricole* », in *Anthologie des œuvres choisies de DENG Xiaoping, Tome I*.

¹⁷⁶ DENG Xiaoping, « *Non conflit entre le socialisme et l'économie de marché* » du 23 octobre 1985, « *Persévérer les quatre principes fondamentaux et la politique de réforme et d'ouverture* » du 20 janvier 1987, in *Anthologie*

l'accumulation des richesses de façon capitaliste est indépassable dans la phase préliminaire du socialisme. Cette thèse idéologique fut davantage renforcée lorsque tous les phénomènes¹⁷⁷ de la réforme économique de la Chine montrèrent une introduction au néo-libéralisme.

Cependant, la crise économique de l'Asie du Sud-est de 1998 et la crise économique mondiale à partir de 2008 donnèrent la leçon au dirigeant chinois que l'économie de marché engendrée par le capitalisme n'est pas du tout un passe-partout pour résoudre les problèmes surgis au cours du développement économique chinois ; la réévaluation du *Yuan* sous pression américaine et européenne pourrait peut-être entraîner la Chine dans une catastrophe incommensurable comme cela a été le cas au Japon dans les années quatre-vingt. La leçon est lourde d'autant plus qu'une masse croissante de pauvres et de chômeurs, de sociétés disloquées, de violences individuelles et collectives surgissent de partout, ce qui laisse planer un grand doute sur le credo du capitalisme. Des vagues de critiques du néo-libéralisme l'emportent sur la voix de ses défenseurs. Le Gouvernement chinois devient plus prudent dans sa prise de décision politique et économique et plus active dans le macro contrôle du développement économique.

62. En dernier lieu, les facteurs sociaux et humains dans le rétablissement européen d'après guerre et dans le développement économique de la Chine deviennent semblables :

En Europe, « ... *Socialement, la croissance d'après-guerre bouleverse l'ensemble des équilibres traditionnels. Loin d'atténuer automatiquement les conflits sociaux, elle s'accompagne de tensions permanentes, dont le signe le plus visible est l'inflation continue, tandis que des problèmes longtemps négligés (nuisances, dégradation de l'environnement) font irruption au premier plan de l'actualité vers la fin des années 1960. Sur l'ensemble de la période, le mouvement d'urbanisation, la résorption du secteur agricole connaissent une accélération sans précédent, surtout dans les pays comme - la France- qui demeuraient semi-industrialisés et semi-urbanisés au seuil de la période ; l'émigration rurale ne concerne plus seulement les*

des œuvres choisies de DENG Xiaoping, Tome III, édition électronique.
http://www.yljwz.cn/art_8/ShowArticle.asp?ArticleID=812

¹⁷⁷ Le néo-libéralisme au cours de la réforme économique de la Chine se traduit par des politiques et des phénomènes suivants : l'orientation de marché, l'anti-intervention gouvernementale, la libre circulation des marchandises sur le marché national et international, la réduction du budget de l'éducation, de santé et d'autres services publics, la privatisation des entreprises d'Etat, le relèvement de l'individualisme, l'abandon du concept des biens publics, l'encouragement d'une société de consommation, etc.

jeunes, elle s'étend largement aux agriculteurs déjà engagés dans la vie active. Mais si la croissance est source de perturbations, elle favorise aussi les reclassements, grâce au dynamisme des secteurs en expansion ; au sein de l'industrie, les adaptations structurelles se font d'autant mieux que la plupart des branches en déclin relatif maintiennent néanmoins une certaine croissance absolue. L'élément décisif du bilan social de la période, on y reviendra un peu plus loin, est l'élimination du chômage massif de l'entre-deux-guerres et le maintien d'un quasi plein-emploi »¹⁷⁸. Ainsi, l'aspiration générale vers plus de justice, la revendication des salariés vers plus de pouvoir dans l'entreprise, l'organisation des consommateurs, les travaux des grands commercialistes, etc. constituent des facteurs non négligeables de l'évolution du droit commercial et de la conception du droit de la concurrence.

Il en est aussi de même en Chine. La croissance des économies socialistes à coloration capitaliste s'identifie à une amélioration du niveau de vie sans précédent historique. La généralisation de l'automobile individuelle dans les grandes villes les plus riches, la modernisation de l'habitat, la trilogie des biens d'équipement durables (téléviseur-réfrigérateur-machine à laver) ont été érigées en symbole de la « société de consommation » triomphante. Cependant, l'écart des riches et des pauvres s'élargit au point que les facteurs d'instabilité menacent le régime du PCC. La répartition de richesses sociales devient le point crucial de l'attention de toute la société pour l'heure actuelle. Un article intitulé « *Aspiration de la justice dans la répartition des richesses* » dans le Journal de l'Education chinoise le 5 juillet 2010 s'exprime ainsi :

« Dans toutes les expressions officielles de 2010, l'expression 'moduler la répartition des richesses' est apparue avec une fréquence sans précédent. Le conflit aigu de la répartition est déjà devenu un véritable danger qu'affronte le développement économique et social de notre pays. Bien répartir le gâteau, c'est-à-dire la richesse sociale intéresse l'égalité et la justice de la société. Comme le Premier Ministre WEN Jiabao a dit 'si faire des gâteaux de richesse sociale de plus en plus grands est la responsabilité du Gouvernement, répartir ces gâteaux de manière équitable et juste est la conscience du Gouvernement'. D'après ce qu'on rapporte, la Commission nationale de Développement et de Réforme, la Commission nationale de Finance et d'Economie et d'autres administrations centrales sont en train de faire des enquêtes et recherches sur le revenu et la répartition. Le projet de

¹⁷⁸ Jean-Charles Asselain, *op. cit.* p.76.

la réforme du revenu et de la répartition qui est escompté au bénéfice du peuple entier sera mis au jour dans l'année.»

«*Les vents de l'Histoire sont, par essence, des vents tournants.*»¹⁷⁹ Lorsque le vent de l'économie de marché souffle la Chine, le nuage du droit du marché se doit de le renforcer. Ainsi se conçoit le contexte économique dans lequel doit naître le droit de la concurrence.

Outre les ressemblances du contexte économique dans lequel le droit chinois de la concurrence imite celui de l'Union européenne, les rapprochements faits entre le système juridique chinois et le système juridique des pays européens occidentaux montrent à l'évidence que le droit chinois de la concurrence a comme vraie source d'inspiration le droit européen de la concurrence.

2. Similarité dans les deux systèmes juridiques

63. La raison pour laquelle la Chine fait du système romano-germanique, et non pas du système de common law l'objet de son imitation, provient des ressemblances latentes dans la culture juridique du continent européen et du continent chinois.

64. Premièrement citons le concept du nationalisme. Le Professeur John Henry Merryman constate qu'une des grandes différences entre le système romano-germanique et celui de common law est que le dernier est régi par l'individualisme extrême et le premier est imprégnée de nationalisme¹⁸⁰.

Du nationalisme républicain émotif de Maurice Barrès¹⁸¹ au nationalisme intégral de Maurras¹⁸², du nationalisme totalitaire de Mussolini et d'Hitler au nationalisme de Charles de Gaulle, le continent européen ne cesse jamais de développer des idées intellectuelles de nationalisme. C'est parce que le développement économique et commercial sur le continent européen au Moyen-Âge avait besoin d'une politique forte comme politique protectrice. Celle-ci ne peut être engendrée que dans un Etat unifié de régime centralisateur. «*Pour l'Europe, l'unification de l'Etat signifie la*

¹⁷⁹ Jean-François Sirinelli, *Deux intellectuels dans le siècle : Sartre et Aron*, édition Fayard, p.376.

¹⁸⁰ John Henry Merryman, *La tradition jurídica romano-canonica (Historia)*, traduit par GU Peidong et LU Zhengping, Édition de Knowledge Publishing House, 1984 et 2004.

¹⁸¹ Selon Barrès, c'est dans la nation que l'homme, en naissant, trouve ses premières assises ; il grandit en s'appuyant sur les réalités qu'elle lui offre ; il baigne dans son atmosphère ; il se nourrit de ses traditions, de ses légendes, de ses coutumes, de son histoire ; il trouve, en acceptant ces données, un point d'appui qui lui donne la sécurité et lui fournit le sentiment de la durée. V. Georges Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, op.cit. p.451.

¹⁸² Pour Maurras, le nationalisme monarchique est logique et rationnel, puisqu'il y a une hiérarchie nécessaire et légitime des facultés psychiques... ; cette hiérarchie subordonne la sensibilité à l'intelligence, l'imagination, à la raison, les puissances affectives spontanées à la puissance réflexive. Modifier cette hiérarchie conduit à une « désorganisation enthousiaste de la nature humaine ». v. *Histoire des idées politiques*, op.cit. 456.

*destruction de la seigneurie et de l'inféodation, le renforcement du pouvoir central, l'indépendance à l'extérieur et l'auto-détermination des peuples. La notion de 'souveraineté' et le concept de 'nationalisme' pourvoient bien aux besoins de l'époque.»*¹⁸³

En tant qu'une nation de «*double tradition du confucianisme et du nationalisme*»¹⁸⁴, la Chine n'a point de répugnance pour le concept de 'nationalisme', au contraire, elle a une facilité de l'accepter, de le mettre en pratique, les mots comme '*la terre des ancêtres, la province natale, la patrie*'¹⁸⁵ étant si familiers aux Chinois. Accepter d'imiter le système issu de cette conception ne pourrait causer aucune difficulté en Chine. D'ailleurs, le socialisme qu'engendre nécessairement le nationalisme, selon Maurice Barrès, est simplement «*l'amélioration matérielle et morale de la classe la plus nombreuse et la plus pauvre.* »¹⁸⁶

65. Deuxièmement, existe une ressemblance dans la codification. La tradition de codification en Europe date du XIIe siècle sur la base des compilations de l'empereur Justinien, puis de nouvelles compilations comme, les Siete Partidas en Espagne (XIIIe siècle) et en France au milieu du XVe siècle, l'Ordonnance de Montil-lez-Tours, ce deux dernières furent des compilations législatives faites pour fixer le contenu des coutumes régionales par l'Ecole du droit naturel¹⁸⁷. «*Pour que la codification soit couronnée de succès, deux conditions étaient nécessaires. Il fallait d'une part qu'elle fût l'œuvre d'un souverain éclairé, désireux de consacrer les principes nouveaux de justice, de liberté, et de dignité de l'individu. Il fallait d'autre part que la compilation nouvelle fût établie dans un grand pays, exerçant sur les autres une influence à laquelle ils ne sauraient se dérober.*»¹⁸⁸Telle est la raison de la réussite du code civil napoléonien.

La codification est une caractéristique importante du système juridique chinois traditionnel. Dans la conception de la codification en Europe et en Chine, il existe quelques ressemblances : d'abord, l'esprit principal du système chinois qui se traduit par ce que « la loi vient du souverain », correspond au monisme législatif du système romano-germanique. La différence est qu'en Chine, c'est l'empereur souverain qui a

¹⁸³ MI Jian, *La Loi est la Voie*, édition de Shangwu Pressing House, 2006. p.35.

¹⁸⁴ Georges Lescuyer, *op.cit.* p.575.

¹⁸⁵ Des termes apparus répétitivement dans les ouvrages de Maurice Barrès, tels que « Les Déracinés (1897) », « l'Appel au Soldat (1900) », et « Leurs Figures (1902) ».

¹⁸⁶ Maurice Barrès, *Scènes et doctrines du nationalisme II*, Paris, 1911, p.162 et s.

¹⁸⁷ René David, Camille Jauffret-Spinodi, *op. cit.* p.40-43.

¹⁸⁸ *Ibid.* p.49.

le pouvoir de légiférer, tandis qu'en Europe, les pouvoirs de législation s'unissent à l'organe représentatif du peuple, le parlement, par exemple. Ensuite, c'est une tradition en Chine d'entamer une nouvelle compilation législative au début de chaque dynastie depuis 202 av. J.-C. jusqu'à la fin de la dynastie Qing, d'où une dizaine de codes juridiques, tels que Code de Han ('汉律', 'hanlü'), Code de Cao Wei ('曹魏律', 'cao wei lü'), Code de Jin ('晋律', 'jin lü'), Code de Tang ('唐律', 'tang lü'), Code de Grand Qing ('大清律', 'daqing lü'), etc. Cependant, à la différence de la codification européenne qui « présente comme un modèle de justice » « s'étendant à la sphère des relations entre les gouvernants et les gouvernés, entre l'administration et les particuliers »¹⁸⁹, la codification de chaque dynastie chinoise n'a qu'un sens symbolique, puisqu'elle justifie la légitimité et la rationalité de la règle du souverain qui l'avait compilé, et que le rite et la vertu dominant sur les règles juridiques.

66. Troisièmement, citons la ressemblance du mode de pensée logique dans le travail judiciaire. Dans les pays de la famille romano-germanique, la meilleure manière d'arriver aux solutions de justice, imposées par le droit, consiste pour les juristes, à prendre appui sur les dispositions de la loi. « Les dispositions de droit écrit, émanant du pouvoir législatif ou de l'administration, qu'il va s'agir pour les juristes d'interpréter et d'appliquer, pour découvrir la solution juste que comporte chaque situation, se présentent dans les pays de la famille romano-germanique comme une hiérarchie. »¹⁹⁰ Edicter la loi ou le règlement est l'affaire des autorités législatives. Appliquer la loi est la mission de juges. Le travail du juge est, en effet, une démarche déductive dans la recherche des solutions à la différence de la méthode inductive de la « common law ». « Le syllogisme juridique : en application duquel, les faits constatés étant ce qu'ils sont (mineure) et la règle étant ce qu'elle est (majeure), on décide d'appliquer celle-ci à ceux-là (conclusion)- illustre un raisonnement classique » du juge de la famille romano-germanique.¹⁹¹

En Chine, depuis la dynastie Han (202 av. J.-C.), des glossateurs se passionnèrent pour retrouver et expliquer le sens originel des livres canoniques du Confucianisme. Leur méthode d'étude est plutôt déductive qu'inductive. Ce mode de pensée logique pénètre petit à petit les affaires judiciaires en formant le principe chinois de « non

¹⁸⁹ *Ibid.* p.48.

¹⁹⁰ *Ibid.* p.85.

¹⁹¹ François Terré, *Introduction générale au droit*, édition Dalloz, 2006, 7^e éd. p.24. v. aussi, NI Zhengmao, *Recherches analytiques du droit comparé*, édition de Système juridique de la Chine, 2006.

punition sans règle écrite»¹⁹². Puisque la loi est issue du Souverain, celui-ci exige que le juge chinois applique la loi rigoureusement pour trouver la solution et tranche le litige. Comme le juge européen, son rôle n'est guère créateur du droit.

67. Quatrièmement, citons la ressemblance dans le mode de jugement. Dans le système du droit romano-germanique, «*le juge est là avant tout pour dire le droit, pour le donner aux parties...il dispose naturellement de pouvoirs d'aménagement, de modération et de modulation du droit. Loin de se borner à appliquer et à interpréter la loi, à dire le droit, le juge (européen) a été de plus en plus appelé à d'autres tâches : fixer des indemnités et des prix, surveiller l'application des peines, évaluer des biens, administrer des patrimoines, etc.*»¹⁹³ En effet, le rôle du juge dans un procès est plutôt de caractère inquisitoire par rapport au caractère accusatoire du juge de la «*common law*»¹⁹⁴. Cela signifie que «*dans une procédure, toute initiative vient du juge : l'introduction de l'instance, la direction du procès, la recherche des faits et la réunion des éléments de preuve.*»¹⁹⁵

Les activités judiciaires dans le système juridique chinois traditionnel sont de caractère typiquement inquisitoire. Dans la procédure inquisitoire chinoise, il n'existait pas de concept de «*neutralité du juge*», le juge est dominateur de toutes activités judiciaires. C'est lui qui dit la loi, indique l'ordre de comparution, et donne la permission aux parties de se défendre. Au stade d'entendre les faits pour aménager les preuves, le point de départ de son jugement était empirique. Par exemple, il devait respecter les principes de «*Cinq Observations*» (‘五听之法’, ‘*wuting zhifa*’)¹⁹⁶ qui sont d'observer comment s'exprime l'accusé, ses propos incohérents indiquant un aveu mensonger (‘辞听’, ‘*citing*’), d'observer si la mine de l'accusé est rouge ou pâle (‘色听’, ‘*seting*’), la respiration courte ou sereine (‘气听’, ‘*qiting*’), la compréhension prompte ou obtuse (‘耳听’, ‘*erting*’), le regard calme ou évasif (‘目听’, ‘*muting*’) pour juger si l'accusé est coupable ou non. Ces cinq observations constituent la base de la psychologie criminelle chinoise.

68. Tout compte fait, le corollaire des similarités dans l'édification de l'économie de marché et dans les systèmes juridiques de l'Europe et de la Chine est que le droit

¹⁹² WANG Feng, Qin Yuxiang, *Recherche préliminaire comparée de l'édification du modèle juridique européen et chinois*, <http://www.fzzg818.com/lilun/2009-09-01/63.html>.

¹⁹³ François Terré, *op.cit.* p.575.

¹⁹⁴ *Ibid.* p.594-596.

¹⁹⁵ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, éd. PUF, 2002. p.471.

européen de la concurrence devient inévitablement la source d'inspiration de la rédaction et promulgation de la Loi antimonopole de la Chine en 2007.

II. Dualité de l'inspiration européenne dans le régime chinois juridique de la concurrence

69. L'inspiration du système européen de la concurrence dans le droit chinois antimonopoles a deux sens, l'un est sur le plan moral, l'autre sur le plan du droit positif.

1. Inspiration morale

70. *«Le droit moderne de la concurrence est en effet d'abord et indiscutablement issu de l'influence américaine au tournant du XXe siècle. Les Etats-Unis connaissent en effet des règles de droit de la concurrence depuis plus d'un siècle, le Sherman Act en 1890 (devenu l'article 15§1à§7 de l'United States Code, USC) et le Clayton Act (devenu USC, art.15§12 à §27) et le Federal Trade Act et la création de la Federal Trade Commission en 1913 qui prévoient des sanctions contre les discriminations et le contrôle des concentrations, même s'il est vrai que 'on peut retrouver des traces bien plus anciennes. Il reste que le droit « antitrust » américain est le premier à avoir proposé une vision globale d'un droit de la concurrence conçu et utilisé comme un outil de régulation du marché, fondé sur un principe exprimé de liberté de la concurrence, et des outils permettant de faire respecter ce principe...»¹⁹⁷*

Il est indéniable que le droit antitrust américain est le berceau de tous les droits de la concurrence des pays étrangers sur cette planète, y compris le droit chinois de la concurrence. Cependant, lorsque l'on fixe un sujet de recherche comme « l'inspiration européenne dans le droit chinois de la concurrence », ce n'est pas pour nier la contribution du droit antitrust américain - un fait irréfutable- mais pour mettre l'accent sur l'expérience européenne dans son imitation du droit antitrust américain.

Le droit européen de la concurrence est essentiellement né à la fin de la seconde Guerre mondiale. Même si sa naissance a été teintée par la politique de décartellisation imposée par les autorités américaines à l'Europe occidentale, en particulier dans les domaines des matières premières, comme l'acier, le charbon, des

¹⁹⁶ ZHANG Guoan, BAI Xiaodong et LIN Weiming, *op.cit.* p.88.

¹⁹⁷ Daniel Mainguy, Jean-Louis Respaud et Malo Depincé, *Droit de la concurrence*, édition LexisNexis Litec, 2010. p.4.

armes, des banques, et des assurances, et même si, « *plus largement, l'instauration d'un système de droit de la concurrence était une condition posée pour recevoir les bénéfices du Plan Marshall après la seconde Guerre Mondiale* »¹⁹⁸, c'est la Communauté européenne qui a pris l'initiative de modeler le droit antitrust américain pour qu'il se transplante sur le sol européen, s'adapte à l'environnement à la fois économique et culturel de l'Europe. D'ores et déjà, le droit européen de la concurrence ne cesse de se renouveler, de se développer si bien qu'il est devenu un moyen tant économique que juridique de promotion de la démocratie politique en Europe occidentale, et le modèle communautaire et le pilier de la CE née en 1951 avec la CECA puis en 1957 avec la CEE, enfin avec l'Union européenne par le Traité de Maastricht en 1992.

71. À l'égard de l'imitation du droit antitrust américain, le système européen de la concurrence est un meilleur précurseur, un grand timonier spirituel pour la Chine.

D'une part, au cours de l'introduction et du développement du système juridique européen de la concurrence, face aux avatars connus en Europe, aux difficultés de la perestroïka, en URSS, à l'écartèlement face à la superpuissance américaine après la chute du mur de Berlin, à la diversité des peuples et des races, à la variété des cultures et des religions, aux épreuves rudes et au chemin ardu parcouru lors de l'unification du marché européen, aux divergences complexes des intérêts entre les Etats membres, la Communauté européenne a fait preuve d'un grand courage avec un grand espoir d'une organisation structurée de l'Europe de l'Ouest d'abord, puis de l'Europe entière fondée sur des intérêts communs, garantie par des traités assurant l'égalité de chaque Etat et le respect du droit.

Ipsa facto, toutes ces expériences européennes augmentent la confiance en soi de la Chine pour l'avenir sur son chemin vers l'Etat de droit. Quoiqu'ils soient fréquents et souvent inattendus, les quiproquos politiques entre l'Union européenne et la Chine ne sauraient empêcher l'intelligentsia chinoise d'avoir une vénération viscérale pour ses hommes courageux et de conviction, tels que Victor Hugo dont la formule des « Etats-Unis d'Europe » correspondait à un idéal humaniste et pacifique, Robert Schuman, Konrad Adenauer, Alcide De Gasperi, Winston Churchill qui avaient convaincu leurs peuples d'entrer dans une ère nouvelle, avec son système juridique plein de vivacité et d'originalité, qui a établi un équilibre extraordinaire entre le

¹⁹⁸ Daniel Mainguy, Jean-Louis Respaud et Malo Depincé, *op.cit.* p.14.

respect de la souveraineté et des droits de l'homme. Par conséquent, se laisser inspirer par le droit européen de la concurrence est une action *motu proprio* pour la Chine dans la rédaction et la promulgation de la Loi antimonopole. Cela correspond tout à fait au dicton chinois : « *la force du bon exemple est immense* ». Souhaitons que ce rôle d'exemple de la communauté européenne ne s'éteigne pas.

72. D'autre part, même si les législations américaines et européennes *de sauvegarde de leur concurrence intérieure présentent plus de similitudes que de divergences fondamentales*¹⁹⁹, ces divergences servent de miroir pour la Chine afin d'éviter l'erreur de copier directement le modèle américain. En outre, le système juridique chinois a hérité tant bien que mal de la tradition du droit romano-germanique, non pas celle de la «common law». Ce sont ces divergences européennes qui servent d'option à la Chine afin de faire un tri selon son propre besoin sous l'angle des techniques juridiques. Ces divergences européennes montrent aussi l'habileté et l'originalité de l'Europe, leçon d'une valeur inestimable pour une nation, comme la Chine, à la fois vieille et jeune qui tâtonne sur son chemin vers l'économie de marché, vers le développement tant économique que social d'un peuple représentant un cinquième de la population mondiale. Serait-il possible que la Chine n'ait pas sa préférence devant deux grands systèmes du droit de la concurrence, l'américain et l'euro-péen? Le texte de la Loi antimonopole de la Chine assorti des règles dérivées de son application, nous donnera la réponse.

2. Inspiration du droit positif

73. Le fruit direct de l'inspiration européenne est le rapprochement du droit chinois de la concurrence avec celui de l'Union européenne dans les aspects structurel et technique de la législation.

En ce qui concerne la structure du texte, les rapprochements principaux de ces législations se traduisent par la similitude du contenu: les principes et modes de contrôle des pratiques anticoncurrentielles des entreprises (les ententes et l'abus de position dominante) et du contrôle de la puissance économique (la concentration des entreprises), sont tous très proches de l'article 81 et 82 du Traité CE.

Quant à la technique législative, à l'instar du droit européen de la concurrence, elle se traduit par une hiérarchie des règles : au sommet se trouvent l'article 81 à 82

¹⁹⁹ Dominique Brault, *Droit de la concurrence comparé : vers un ordre concurrentiel mondial?*, édition Economica, 1995. p.11.

du Traité CE, ensuite, les règlements du Conseil de l'Union européenne, enfin les lignes directrices de la Commission européenne; le droit chinois de la concurrence place d'abord la Loi antimonopole comme essentielle, les règlements publiés par la Commission antimonopole comme droit dérivé, puis les lignes directrices publiées par les trois autorités compétentes de la concurrence pour diriger l'application concrète de la loi.

«La Loi (antimonopole) se compose de 57 articles présentés sous la forme de 8 chapitres mettant en place des institutions et mécanismes procéduraux couvrant l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles habituellement poursuivies en droit de la concurrence en Europe... comme en Europe elle aboutit à la mise en place de deux niveaux d'organismes administratifs. »²⁰⁰

74. En définitive, toutes ces inspirations qu'elles soient morales ou positives, proviennent de l'étude comparée dont *«l'objectif est de découvrir des identités, qu'elles soient aisément perceptibles ou dissimulées derrière la variété des définitions savantes et de mettre à jour les véritables différences, parfois masquées par l'utilisation de définitions communes.»²⁰¹*

Ces jalons étant posés, le cap de notre recherche sera orienté vers l'étude de la réforme du droit chinois de la concurrence sous l'inspiration du système européen.

Plan général :

Première partie. L'établissement des conditions de la libre concurrence sur le marché chinois

Deuxième partie. La mise en place d'un système efficace du droit chinois de la concurrence en Chine

²⁰⁰ François SOUTY, *Chine : La Loi antimonopole du 30 août 2007 et l'émergence d'un droit chinois moderne de la concurrence*, Concurrences n°4-2007, pp.161.

²⁰¹ Yves –Marie Laithier, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, p. 15.

Première Partie L'ETABLISSEMENT DES CONDITIONS DE LA LIBRE CONCURRENCE SUR LE MARCHE CHINOIS

75. La libre concurrence est le symbole de l'existence de l'économie de marché. En revanche, une économie de marché exige qu'une liberté d'entrer en compétition soit garantie par les règles de droit. Ainsi, l'établissement des conditions de la libre concurrence sur le marché signifie que d'une part, l'élaboration du système de l'économie de marché est la prémisse de la liberté de la concurrence (**Titre I**), et d'autre part, l'instrument organique en tant qu'arbitre du jeu de la concurrence sur le marché doit être mis en place pour protéger les bienfaits de la concurrence (**Titre II**). Etablir une économie de marché est d'autant plus important pour l'Etat chinois que celui-ci avait comme dominance un régime planifié dans l'économie nationale et venait de passer par la période du nihilisme de droit.

TITRE I L'ELABORATION DU SYSTEME DE L'ECONOMIE DE MARCHE

76. Le système économique d'un pays désigne l'ensemble de sa politique économique et de son système juridique économique. Le rapport entre le système économique et le développement économique nous amène à nous intéresser à l'élaboration du système de l'économie de marché de la Chine. Ainsi, notre étude va se déployer en deux temps : d'abord, un regard rétrospectif sur le droit chinois économique dans le contexte du développement économique de la Chine (**Chapitre 1**) ; ensuite, l'organisation du marché chinois, géographique et sectorielle basée sur le principe de transparence (**Chapitre 2**)

Chapitre 1 Vue historique de l'économie chinoise et du droit chinois économique

77. Du point de vue du matérialisme historique, tous les rapports sociaux ont leur fondement dans les faits économiques. Le mode de production de la vie matérielle détermine tout le processus social et politique. Il constitue l'infrastructure sur laquelle s'élève une superstructure juridique et politique. En tant que superstructure juridique, le droit économique chinois qui englobe récemment le droit de la concurrence, s'est édifié au sein d'un environnement économique qui lui est propre. C'est ainsi qu'avant tout, pour comprendre le processus de réforme du droit chinois de la concurrence, il convient de présenter l'évolution historique de l'économie chinoise (**Section 1**) et le droit économique correspond à chaque économie (**Section 2**).

Section 1 Développement économique de la Chine de l'époque féodale à l'époque moderne de la réforme et de la politique d'ouverture

78. *«Le passage de la République populaire de Chine à l'économie de marché est l'une des plus grandes réussites économiques des temps modernes.»*²⁰²L'an 1978 a marqué un tournant dans l'histoire économique de la Chine. Depuis lors, *«la croissance du PIB réel a atteint près de 10% en moyenne annuelle...La Chine est devenue la troisième économie mondiale, ...le niveau de vie a sensiblement augmenté dans toutes les couches de la population et le taux de pauvreté est passé de plus de 50% au début des réformes à moins de 10%.»*²⁰³Comment peut-on imaginer que ce résultat économique plutôt satisfaisant est un continuum espace-temps de l'arriération de l'économie féodale et de l'économie planifiée qui marquent le système économique chinois avant la réforme de 1978 (§1) ? L'adhésion de la Chine à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) après vingt ans de réforme économique non seulement témoigne de cette métamorphose, mais encore a accéléré le processus de développement de l'économie chinoise (§2).

²⁰² « Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation : CHINE 2009, Définir la frontière entre le marché et l'Etat », OCDE, 2009, p.17.

²⁰³ *Ibid.*

§1. *Caractéristiques de systèmes économiques avant la réforme de 1978*

79. Le développement économique chinois avant la réforme de 1978 a concerné deux périodes radicalement différentes sur le plan social, l'une succédant à l'autre, à savoir, le système économique féodal (I) et le système économique dirigiste et planifié après 1949 (II).

I. *Système économique féodal*

A. *Le statu quo économique à l'apogée du confucianisme*

80. Sous l'égide du système économique confucianiste, la Chine était un modèle parfait de société féodale. Depuis l'unification de la dynastie Qin (221 av. J.-C.) jusqu'à la première moitié du XIX^e siècle, la Chine avait toujours gardé son identité de pays le plus riche, le plus développé et le plus urbanisé au monde²⁰⁴.

En dépit d'un système économique qui n'encourageait pas le commerce sous l'influence du Confucianisme, à l'époque de dynastie des Han (202 av. J.-C. ---220), la Chine fut au même niveau de développement que l'Empire Romain. Son marché était l'un des plus développés parmi toutes les sociétés féodales, grâce au principe de la propriété foncière privée, à la libre circulation des travailleurs et au bon fonctionnement du marché des matières premières et des produits. Il y avait déjà des explications sur le principe de spéculation, le principe de fixation du prix par l'offre et la demande du marché et du prix de production décidé par le prix du marché.²⁰⁵ Sa production de fer au XI^e siècle atteignait 150,000 tonnes, soit six fois la production de l'Europe entière à la même époque²⁰⁶. Tout naturellement, le commerce rencontrait des succès, mais ces succès étaient localisés et temporaires. Après 1840, des classes bourgeoises sont apparues²⁰⁷. Mais leur contribution à l'économie chinoise à l'époque était négligeable.

²⁰⁴ Selon Adam Smith, «*la Chine a été, pendant une longue période, un des plus riches pays du monde, c'est-à-dire un des plus fertiles, des mieux cultivés, des plus industriels et des plus peuplés*», v. Adam Smith, 1776, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations : tome I*, Edition traduite en 1881 par Germain Garnier à partir de l'édition revue par Adolphe Blanqui en 1843. p.187.

²⁰⁵ FAN Li, *Mémoires historiques — Livre sur la marchandise*, (FAN Li, shiji. Huozhi liezhuan) (《史记·货殖列传》范蠡(陶朱公) « Selon l'excédent et le défaut des marchandises sur le marché, on peut connaître si ils sont à bon marché ou non. Si le prix baisse à l'extrême, les fabricants ne les produisent plus, puis les marchandises font défaut sur le marché, par conséquent, ils deviennent chers. Si le prix de marchandises augmente à l'extrême, tous les fabricants s'efforcent de les produire le plus que possible, le marché dépassera le point de saturation, les marchandises vont aller à bon marché jusqu'à perdre leur prix de revient. »(“论其有余不足, 则知贵贱, 贵上极则反贱, 贱下极则反贵。贵出如粪土, 贱取如珠玉”)

²⁰⁶ Angus Maddison, *Monitoring the World Economy 1820-1992*, OCDE, Paris, 1995.

²⁰⁷ Parmi lesquelles les plus connus sont les commerçants de Jin('晋'), de Hui ('徽'), de Min ('闽') et de Yue ('粤'). Ce sont en fait, quatre provinces en Chine. Les commerçants de Min et de Yue étaient aussi les pionniers

De fait, à la fin du XIII^e siècle, la Chine avait atteint le summum de sa révolution scientifique et industrielle. Mais elle s'arrêta là, - bon gré, mal gré -, avant que Marco Polo, Adam Smith et bien d'autres penseurs, voyageurs étrangers, et même des envahisseurs occidentaux ne témoignassent de son ancienne gloire. La longue stagnation du développement de la Chine dans la période féodale devait avoir une explication :

« *Ce pays paraît être depuis très longtemps dans un état stationnaire. Marco Polo, qui l'observait il y a plus de cinq cents ans, nous décrit l'état de sa culture, de son industrie et de sa population presque dans les mêmes termes que les voyageurs qui l'observent aujourd'hui. Peut-être même cet empire était-il déjà, longtemps avant ce voyageur, parvenu à la plénitude d'opulence que la nature de ses lois et de ses institutions lui permet d'atteindre.* »²⁰⁸ « *Elle est arrivée au comble de la mesure de richesse qui est compatible avec la nature de ses lois et de ses institutions ; mais cette mesure peut être fort inférieure à celle dont la nature de son sol, de son climat et de sa situation serait susceptible avec d'autres lois et d'autres institutions.* »²⁰⁹ Il convient d'examiner la nature de ses institutions économiques pendant cette période.

B. Caractéristiques du système économique de la Chine impériale

81. L'économie marchande de la Chine impériale porte la marque de l'économie de propriétaire foncier. Ce mécanisme de l'économie de la Chine impériale contient trois caractères au niveau de demande de consommateur, de production et de dimension du marché dans lequel circulent les marchandises.

1. Le tribut et le fermage constituent la base de demande du marché

82. La consommation et la demande effective constituent la base économique du marché. Depuis la dynastie Qin ('秦', 221 av. J.-C) jusqu'à la fin de la dynastie Qing ('清', 1911), le souverain est le principal propriétaire de l'excédent de production de

immigrés à l'étranger. Les China-Town de première génération dans tous les pays occidentaux avaient été construits par eux.

²⁰⁸ *Ibid.* p.66. A la page de 153, il disant que « *La Chine paraît avoir été longtemps stationnaire, et il y a probablement longtemps qu'elle est arrivée au comble de la mesure de richesse qui est compatible avec la nature de ses lois et de ses institutions ; mais cette mesure peut être fort inférieure à celle dont la nature de son sol, de son climat et de sa situation serait susceptible avec d'autres lois et d'autres institutions.* » Mais « *La pauvreté des dernières classes du peuple à la Chine dépasse de beaucoup celle des nations les plus misérables de l'Europe.* »

²⁰⁹ Adam Smith, 1776, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations : tome I*, Edition traduite en 1881 par Germain Garnier à partir de l'édition revue par Adolphe Blanqui en 1843. p.153.

l'Etat, cet excédent provient des revenus du tribut et du fermage. Le revenu du fermage des propriétaires fonciers aristocrates et bureaucrates se place au deuxième rang après le revenu du souverain. Le souverain, les fonctionnaires de tous niveaux, les propriétaires fonciers aristocrates et les propriétaires fonciers bureaucrates, qui habitent la ville, se mettent à échanger avec les industriels, les artisans et les agriculteurs²¹⁰.

La cité du palais offrait des débouchés à l'agriculture. Des produits spéciaux venant des quatre coins du pays affluent vers les villes. Le commerce a pour but de satisfaire aux besoins de consommation de la famille. Le régime d'atelier de ville correspondait à cette situation. Pourtant, le nombre très élevé de paysans qui produisait à peu près tout ce dont ils avaient besoin (grains, bétail, tissus, etc.), opérèrent des échanges selon le principe de complémentarité, suppléant aux manques d'autrui avec ce qu'ils ont en surplus. Ils emportaient le surplus au marché de campagne obtenant en retour des objets artisanaux, couteaux, pelles, tissus. Le marché jouait dans la vie campagnarde le rôle qu'il peut jouer encore aujourd'hui.

Depuis la dynastie Qing, la consommation des masses populaires s'accroissant consolide la base économique du marché chinois.

2. Les paysans individus constituent la base de production

83. Jusqu'au milieu de la dynastie Tang, les propriétaires fonciers et les marchands organisaient la production agricole et une partie de la production artisanale pour répondre à la demande des marchandises de la société. Mais après la dynastie Tang et Song, en particulier au cours de la dynastie Ming et Qing, la production par les paysans connut un élan. Ayant un avantage concurrentiel grâce au coût bas, les marchandises produites par les paysans envahissaient le marché. Cela donnait aux paysans le statut de premiers fournisseurs de marchandises, et de premier sujet du marché. L'exploitation par les paysans constitue le caractère principal de l'économie de propriétaire foncier de la Chine impériale.

²¹⁰ Comme l'a dit SIMA Qian, «des fermiers vient la nourriture, des forestiers viennent les matières que transformeront les artisans, les marchands en assurent la diffusion...Tous les quatre sont la source des vêtements et de la nourriture du peuple. Si les sources sont importantes l'abondance suit ; si les sources sont faibles la misère suit.» v. Shi Ji, (Livre de l'Histoire) 129, 2a-2b, trad. E. CHAVANNES, Mémoires historiques de Sseu-ma Ts'ien, T.IV p.40. 司马迁, 《史记》 129

Le statut économique qu'occupaient les masses de paysans sur le marché explique que l'économie marchande de la société féodale chinoise était plus développée que celle de l'Europe occidentale de la même époque.

Avec la dynastie Qing, apparut un nouveau courant de développement économique. Parmi les marchandises artisanales, huile, vin, sucre, tabac, papier, métallurgie, mine, et sel, etc., commençaient à être produits à la fois par les marchands et la classe capitaliste et par les paysans.

3. La capacité de production est peu importante par rapport à la dimension du marché

84. La capacité de production de chaque paysan ou de chaque famille ne pouvait satisfaire qu'au besoin familial après déduction de l'impôt ou du tribut. Pourtant, dans ce pays très agricole doté d'une forte population d'agriculteurs, le peu de surplus acquis individuellement s'accumulait formant une énorme réserve de richesse qui donna naissance à un intense commerce de foire et à de nombreux centres de distribution, ainsi qu'à l'émergence des transports sur longue distance. L'échange s'étendit aux producteurs, et à tout le pays. Le réseau commercial s'est formé, à partir des grandes villes, soutenu par les municipalités et les districts.

Cependant, le développement de l'économie régionale n'était pas du tout équilibré dans ce vaste pays dont les zones ouest et sud-ouest restèrent traditionnellement à l'écart du fait politique et économique. Il existait entre la zone est-côtière et la zone ouest ou sud-ouest un déséquilibre entre l'offre et la demande, une disparité de prix, un écart entre riches et pauvres. En résumé, l'intégration du marché se révélait être d'un faible niveau.

En bref, les trois caractéristiques principales de l'économie féodale de la Chine impériale eurent pour elle de retarder son développement industriel par rapport à celui des pays occidentaux. Son faible niveau de développement, la taille de son marché pour les produits industriels occidentaux, et sa richesse de ressources naturelles ne lui valurent que guerres des pays industrialisés, conflits militaires civils. Il n'existait guère d'économie saine ni au sens féodal, ni au sens moderne. Le pays était extrêmement pauvre, l'économie très peu développée. Les capitaux faisaient défaut, les produits exportables étaient limités, les devises étrangères rares, le taux de change de marché élevé, et la valeur globale de la production industrielle et agricole était seulement de 46,6 milliards de yuans et le PNB par tête était de 66,1 yuans. La part de l'agriculture représentait 70% de cette valeur, l'industrie 30% et l'industrie

lourde seulement 7,9%²¹¹. La Chine tomba au plus bas de son histoire. D'où la renaissance d'une nation plus ancienne.

II. Système économique dirigiste et planifié et sa répercussion après la libération 1949

85. L'économie chinoise de 1949 à 1978 a connu les vicissitudes de la politique économique de la nouvelle démocratie (A) au régime dirigiste et planifié et subi les conséquences de celui-ci (B).

A. La politique économique de la nouvelle démocratie du PCC

1. La formation de la politique économique de la nouvelle démocratie

86. Appeler à construire l'économie nationale, à éliminer la pauvreté et à rattraper le retard de développement, telles étaient les premières tâches du PCC lors de la fondation de la République populaire de Chine en 1949.

La Constitution transitoire de l'Etat chinois de 1949²¹² déclara que la République populaire de Chine est un pays de nouvelle démocratie, c'est-à-dire une démocratie populaire dans laquelle la politique économique a pour but d'éliminer le capitalisme. L'économie d'Etat de nature socialiste est la puissance dirigeante de toute économie sociale, et la base du développement et de la prospérité matérielle du pays.

Selon cette formule, l'économie d'Etat, c'est-à-dire l'entreprise d'Etat, dirige et décide de la nature socialiste du pays. Les cinq composants de l'économie socialiste sont l'économie d'Etat de nature socialiste, l'économie coopérative de nature quasi-socialiste, l'économie privée de nature capitaliste, l'économie individuelle, ainsi que l'économie capitaliste d'Etat. L'industrie et le commerce capitalistes et socialistes devaient coexister pendant une assez longue période. Pour mettre en lumière cette stratégie, le Président MAO Zedong (*MAO Tsé-toung*) expliqua que « *Si quelqu'un pense qu'il est temps d'abandonner toutes les restrictions au capitalisme en le laissant développer à sa guise, il pourrait commettre la faute de l'opportunisme de 'droite' ; en revanche, l'idée du contrôle de rigueur du capitalisme, même de son élimination accélérée et totale afin d'instituer le socialisme est erronée de*

²¹¹ Chine Economic Yearbook Editorial Board (éd.), *Chine Economic Yearbook 1981* (Pékin: Economic Management Press, 1982), p.VI-4.

²¹² « Programme commun de la Conférence consultative politique du peuple chinois » promulgué dans la deuxième session du septième Comité central du PCC en septembre 1949.

*l'aventurisme de 'gauche', car tous les deux ne conviennent pas aux conditions de notre pays. »*²¹³

Suivant cette orientation, l'économie chinoise passa sans encombre la période difficile et transitoire de 1949 à 1953. Malheureusement, le bon augure du développement économique fit enorgueillir le dirigeant chinois au point qu'il crut à tort que la période transitoire de restauration était terminée, et que c'était le moment d'entrer dans une nouvelle ère – celle de la socialisation totale de toutes les entreprises capitalistes, privées et individuelles afin de concentrer tout l'énergie sur l'industrie lourde et de rattraper les pays industrialisés en une trentaine d'années. L'erreur du mouvement dit «Grand-Bond-en-Avant» ayant poussé à l'absurde la logique du modèle soviétique entraîna des famines entre 1958 et 1964²¹⁴.

87. Cependant, dans le tumulte des erreurs politiques, s'est formé la pensée économique socialiste du Président MAO dite «la pensée sur les dix grands rapports économiques et sociaux» qui constitue paradoxalement la pensée dominante de l'économie dirigiste et planifiée avant 1978 et de la réforme économique de la Chine après 1978.

2. Le rôle déterminant de la pensée de dix grands rapports dans le développement chinois

88. En avril 1956, le Président MAO Zedong publia un article intitulé « Sur les dix grands rapports », dans lequel, il décrit dix rapports cruciaux dans le développement de la Chine. Les cinq premiers rapports concernent l'économie : le rapport de proportion entre l'industrie lourde, l'industrie légère et l'agriculture, le rapport de l'économie côtière et celle de l'intérieur, le rapport de la construction économique et celle de la défense nationale, le rapport entre l'intérêt d'Etat, l'intérêt collectif et l'intérêt personnel, le rapport entre l'autorité centrale et locale. La pensée économique qui se dégage de ces «dix grands rapports» joue un rôle déterminant depuis la fondation de la République populaire de Chine jusqu'à ce jour si bien que les dirigeants chinois de ces dernières trois générations²¹⁵ qui se vantent de réformer le processus du développement économique chinois depuis 1978, ne fait qu'appliquer cette pensée dans la mesure où tous leurs programmes initiaux de réforme peuvent y

²¹³ Oeuvres choisies de Mao Zedong, vol. 4, édition de Presse populaire, 1991, p.1432.

²¹⁴ Bruno Cabrillac, *Economie de la Chine*, édition Puf, 2009, 3^e éd. pp.30-32.

²¹⁵ Les dirigeants de quatre générations de RPC sont respectivement Président MAO Zedong (1949-1976), DENG Xiaoping (1979-1990), JIANG Zemin (1990-2005), et HU Jintao (2005- en cours).

trouver leur origine. Nous allons jeter un bref regard sur le contenu principal de la pensée économique du Président MAO.

En ce qui concerne le rapport de proportion entre l'industrie lourde, l'industrie légère et l'agriculture, le Président Mao, constatant que les problèmes des pays socialistes, (tels que l'Union soviétique et les pays d'Europe central et oriental sous sa tutelle,) venaient de la présence excessive de l'industrie lourde au détriment du développement de l'agriculture et de l'industrie légère, concluait que la Chine *«doit ajuster la proportion d'investissement dans ces trois secteurs, en faisant valoir l'agriculture et l'industrie légère. Le développement économique de la Chine doit se dérouler selon l'ordre de degré d'importance : l'agriculture la première, l'industrie légère la seconde, pour accumuler les capitaux afin de développer l'industrie lourde.»*²¹⁶ La mise en pratique de cette théorie commence après la 3^e session plénière du Comité central issu du 11^e Congrès du PCC en 1978, c'est le point symbolique de départ de la réforme de la Chine sous la direction de Deng Xiaoping.

Sur la relation de l'économie côtière et celle de l'intérieur, MAO faisait les remarques suivantes: *«il faut mettre pleinement en œuvre tous les facteurs positifs accumulés et développés en ancien temps de l'industrie côtière»*²¹⁷, *afin d'obtenir davantage de force pour pousser et soutenir l'industrie de l'intérieur.»*²¹⁸ Pourtant, c'est seulement depuis 1999 que la stratégie, baptisée «l'exploitation de l'Ouest de manière importante» ou «Marche vers l'Ouest» par le gouvernement de JIANG Zemin, a été mise en place pour réduire les disparités entre l'Est et l'Ouest et pour que commencent simultanément le développement de l'industrie des régions côtières et celui de l'intérieur.

Dans la relation entre la construction économique et celle de la défense nationale, MAO pensait qu'il était très important de réduire la part des dépenses militaires afin d'alléger le fardeau de la construction économique de l'Etat, et de relever le niveau de vie du peuple. Il estimait donc qu'il fallait mettre davantage l'accent sur le développement économique qui est la base de toute sécurité nationale. Trente ans plus tard, DENG Xiaoping proclame à nouveau au milieu du processus de réforme économique, que «le développement économique, la première préoccupation

²¹⁶ Oeuvres choisies de Mao Zedong, vol. 5, Edition de Presse populaire, 1977, p.269.

²¹⁷ Depuis des siècles, les provinces côtières orientales de la Chine d'où étaient parties les immigrants dont la diaspora parsemée dans le monde entier, en particulier en pays développés industriels, a fait la moitié de son investissement vers leurs villages d'origine par les canaux familiaux. Cette région est donc beaucoup plus riche que la zone de l'intérieure.

gouvernementale, est la direction inébranlable du peuple chinois.»(‘发展是硬道理’, ‘fazhan shi ying daoli’)

A l’égard du rapport entre l’intérêt d’Etat, l’intérêt collectif et l’intérêt individuel, le Président MAO souligna que pour la répartition des biens de consommation, il convient de prendre en considération à la fois les intérêts de l’Etat, de la collectivité et de l’individu afin que le peuple ne soit pas découragé par la répartition inéquitable de la richesse sociale. L’entreprise d’Etat doit avoir son autonomie de gestion, être indépendante de l’autorité administrative, être régie par le jeu du marché.²¹⁹ Concrètement, la mise en œuvre de cette politique de répartition équitable de la richesse sociale a été inaugurée par le Gouvernement HU Jintao qui a entamé une politique de construction d’une société harmonieuse à partir de 2005, tandis que la réforme du régime de la gestion sociale dans les entreprises d’Etat atteint à son apogée au début du 21^e siècle.

S’agissant du rapport entre l’autorité centrale et locale, le Président MAO Zedong faisait état de l’importance de la décentralisation du pouvoir de l’autorité administrative centrale en soulignant que l’expansion du pouvoir local permet d’inciter l’esprit d’initiative des autorités locales de qui dépend le développement économique local et que la prévention contre le particularisme politique et économique est au bénéfice de l’intérêt général du peuple. Mais c’est en 2007 que la lutte contre l’abus administratif dont est issu l’expansion du pouvoir local et qui est la cause principale du cloisonnement géographique du marché chinois est matérialisée par des textes législatifs dans la Loi antimonopole.

89. L’Histoire est faite de hasards et de mystères. La pensée économique qui ne pouvait être appliquée par son propre auteur à cause de circonstances géopolitiques intérieures et extérieures défavorables pour la nouvelle Chine, a trouvé sa place depuis 1978 dans la réforme économique, malgré la vague de démaoïsation menée par DENG Xiaoping. Si la pensée des dix grands rapports est au besoin de la réforme actuelle de la Chine, elle ne le fut pas dans la situation âpre des années cinquante et soixante. Le système économique dirigiste et planifié axé sur l’industrie lourde et la distorsion artificielle du marché l’emportèrent sur la pensée de la nouvelle démocratie et la pensée des dix grands rapports de développement.

²¹⁸ Oeuvres choisies de Mao Zedong, vol. 5, Edition de Presse populaire, 1977, p.270.

²¹⁹ *Ibid.* p. 273.

B. La mise en place du système économique dirigiste et planifié

1. Facteurs principaux déterminant le choix d'un système économique dirigiste

90. Pour la République populaire de Chine, le choix d'un système économique dirigiste trouve son origine dans le contexte intérieur et extérieur du pays. À l'intérieur, la condition misérable de vie et le retard industriel à la veille de la fondation du régime du PCC rendirent plus urgent la construction de l'économie nationale afin de réaliser l'idéal du Parti - rendre le pays prospère et le peuple riche-, pour lequel d'innombrables communistes chinois avaient consacré leurs vies depuis 1924. À l'extérieur, d'importants facteurs déterminèrent que le PCC n'avait d'autre choix que le régime dirigiste et planifié.

1) La théorie économique de Walter Hoffmann

91. Lorsque les dirigeants chinois analysèrent les structures économiques des pays industrialisés, ils constatèrent que les industries modernes disposaient d'industries lourdes importantes et que la part de l'industrie lourde dans une économie était un indicateur de développement et de force. Cette constatation coïncide avec le « coefficient Hoffmann » selon lequel le niveau d'industrialisation est en corrélation avec le poids des industries lourdes dans une économie donnée et que plus une économie est industrialisée, plus importante est la part de l'industrie lourde dans cette économie.²²⁰ Cela donna aux dirigeants chinois une base théorique qui les confortait dans leur stratégie de développement orientée vers l'industrie lourde au sein d'une économie agricole avec pénurie de capitaux.

2) L'exemple de l'ex-Union Soviétique

92. De même, les expériences de l'ex-Union Soviétique donnèrent quelques inspirations aux dirigeants chinois sur le choix du système économique. En étudiant le processus de choix de la stratégie de l'URSS dans les années 1920, les dirigeants chinois trouvèrent que la mise en œuvre en 1921-1928 de la Nouvelle Politique Economique de Lénine avait revitalisé rapidement l'économie soviétique. La situation actuelle de l'URSS à l'époque ressemblant à celle de la Chine dans les années 50, la faible part de l'industrie moderne dans l'économie et la pauvreté du milieu rural, faisaient naître un débat virulent entre dirigeants et économistes sur les moyens d'accumuler les capitaux nécessaires à l'industrialisation et sur le mécanisme

de régulation de l'économie à adopter.²²¹ Staline choisit de sacrifier l'industrie légère et la consommation pour favoriser le développement de l'industrie lourde en adoptant le système de l'économie hypercentralisée. Certes, le choix de Staline lui avait apporté des succès considérables qui conduisent l'ex-URSS à devenir militairement l'une des deux hyper puissances du monde pendant la période de la guerre froide.

Même si depuis les années 50, le Président chinois MAO Zedong avait perçu la sclérose du modèle économique soviétique, il pensait que la première étape de développement économique dans un pays agricole faiblement industrialisé était de faire se concentrer toutes les énergies et les ressources pour la construction de l'industrie lourde. Il obtint donc l'accord des cercles politiques et académiques chinois.

3) La tension avec les pays occidentaux

93. A la suite de la prise du pouvoir du PCC en 1949, le Parti nationaliste, s'enfuyant dans l'Île Taiwan, cherchait à renverser le régime du PCC dans la Chine continentale avec le soutien constant des Etats-Unis et d'autres pays capitalistes occidentaux bénéficiant du Programme Marshall.

Pour soutenir le Parti nationaliste, ces pays étrangers prirent une série de mesures de représailles afin d'isoler la République populaire de Chine sur le plan politique, militaire et économique. La politique d'isolement diplomatique, d'embargo économique et d'installation de bases militaires autour de la frontière chinoise eut les effets escomptés par les occidentaux. La Chine fut privé d'échanges internationaux normaux et ses relations diplomatiques et économiques avec le reste du monde furent complètement coupées, sauf avec la France, le Général de Gaulle tendant la main à la Chine, réchauffant le cœur chinois. La tension avec les pays occidentaux, les Etats-Unis en tête, fut telle que l'Etat chinois dût se préparer constamment à la guerre. La Guerre de Corée éclata en 1950. L'armée américaine arrivait à la frontière chinoise – (la rivière Yalu), tandis que son aviation violait l'espace aérien chinois. La guerre faisait peser de graves menaces sur la sécurité nationale. La Chine répondit par la mobilisation de son armée et son entrée en guerre. Celle-ci fut la cause directe qui poussa la Chine à opter pour une stratégie économique d'industrie lourde centralisée et planifiée. « *Devant une telle situation internationale, tant politique, économique*

²²⁰ Walter Hoffmann, *Growth of Industrial Economics* (Manchester, Manchester University Press, 1958).

*que militaire, la Chine était obligée de mettre en place un système complet et indépendant de structures industrielles. Les industries lourdes en ont été le noyau.»*²²² Ce système fut ainsi pour les Chinois une question primordiale de vie ou de mort.

C'est ainsi qu'après le rétablissement économique, achevé entre 1950 et 1952, le PCC, mettant de côté la pensée de « dix grands rapports » de MAO Zedong, prit la décision de placer au cœur du développement l'objectif stratégique de l'industrie lourde centralisé et planifié dans le premier plan quinquennal de développement économique national. Monsieur LI Fuchun, vice-premier ministre et président de la Commission nationale du Plan, a indiqué explicitement dans son rapport du plan que « *l'industrialisation socialiste est la tâche prioritaire de la nation pendant le période de transition. La clé de l'industrialisation socialiste est de donner la priorité au développement de l'industrie lourde.* »²²³

2. Etat des lieux du système économique dirigiste et planifié

1) Le mécanisme d'allocation planifiée des ressources

94. La tâche prioritaire du premier plan quinquennal était de concentrer tous les efforts et ressources pour la construction industrielle de 654 projets clés, dont 156 conçus avec l'assistance de l'Union Soviétique. Cette construction devait permettre de mettre sur pied une base préliminaire pour l'industrialisation socialiste en Chine. L'Etat chinois commençait à connaître pour la première fois un développement important dans son économie en possédant ses propres industries électriques, houillères et pétrolières, des industries modernes sidérurgiques, métallurgiques, automobiles, d'avions, chimiques de base, des équipements électriques, d'extraction de minerais. A la fin du premier plan quinquennal, l'industrie lourde représentait 85% du total des investissements industriels et 72,9% des investissements industriels et agricoles²²⁴. Un tel résultat ne vint pas du mécanisme du marché qui alloue les ressources instinctivement, mais d'un mécanisme d'allocation planifiée des ressources.

²²¹ Le centre du débat et les principaux points de vue théorique étaient menés par le camp de développement de Boukharine et le camp d'hyperindustrialisation de Preobrajenski, pour une discussion sur le débat, voir R.W.Davies, *The Industrialisation of Soviet Russia, vol. 3 : The Soviet Economy in Turmoil, 1929-1030*.

²²² Justin Yifu LIN, Fang CAI, Zhou LI, *Le Miracle Chinois---Stratégie de développement et réforme économique*, Economica 2000. p.18.

²²³ Bureau de Documentation et Recherche de Commission centrale du PCC, Documents de la Seconde Session du premier Congrès du peuple de la République Populaire de Chine. (Pékin: Presse du Peuple, 1955) p.160-161.

Le gouvernement chinois instaura consécutivement une série d'institutions d'allocation planifiée et fortement centralisée des ressources dès le début des années 50. Les démarches effectuées par l'Etat chinois se divisèrent en quatre directions : l'instauration de l'administration du secteur financier²²⁵, l'institution du système de gestion du commerce extérieur et des changes²²⁶, l'instauration du système de gestion des biens de production²²⁷ et du système de monopole d'Etat pour l'achat et la commercialisation des produits agricoles²²⁸.

2) Le système de gestion des entreprises

95. Dans l'environnement micro-économique du système de planification, la politique du bas prix sur l'énergie, les matières premières et le salaire nominal ont réduit les coûts de production des entreprises. Toutes ces politiques étaient de nature à accroître les profits et l'accumulation du capital des entreprises. Le Gouvernement prenait deux mesures pour contrôler les entreprises privées.

La première mesure est la nationalisation. A partir de 1945, l'Etat chinois transforma un grand nombre de grandes entreprises privées en entreprises de capitaux mixtes, c'est-à-dire mi-étatiques, mi-privées. Les anciens propriétaires ont perdu le droit de gérer leur propre entreprise. En 1956, les entreprises privées avaient presque complètement disparu.

La deuxième mesure est la privation de l'autonomie des entreprises. L'Etat fournissait tous les biens de production utilisés par les entreprises d'Etat au travers de la planification, vendait et allouait tous leur produits, percevait toutes leurs recettes et prenait à sa charge leurs dépenses. Les entreprises versaient à l'Etat non

²²⁴ State Statistical Bureau, China Statistical Yearbook, 1992, p.158.

²²⁵ Dès les années 1949-1952, le système bancaire en Chine étant nationalisé, la Banque populaire de Chine (BPC) devint le centre du système financier chinois afin d'attribuer les financements limités aux entreprises et secteurs qui répondaient à l'objectif stratégique de l'Etat. La BPC, en tant que centre des opérations en monnaie manuelle, des règlements et du crédit, assumait l'ensemble des responsabilités des services financiers de l'Etat. V. Justin Yifu LIN, Fang CAI, Zhou LI, « *Le Miracle Chinois---Stratégie de développement et réforme économique* », Economica 2000. p.30, 31.

²²⁶ En février 1950, « La Décision de la mise en œuvre de mesures unifiées sur le commerce international » promulguée par le CAE, soumit les activités du commerce extérieur effectuées par les entreprises d'Etat spécialisées du commerce extérieur au contrôle du Ministère du Commerce et des départements du commerce des régions et les bureaux du commerce des provinces. Ces activités contrôlées par ces institutions comportaient le permis des importations et exportations, le contrôle des changes, l'enregistrement des sociétés étrangères et de toute entreprise privée (avant leur nationalisation) exerçant des activités d'import-export, l'application des droits de douanes protectionnistes et le contrôle de qualité des produits importés et exportés.

²²⁷ Une politique de bas prix de l'énergie et des matières premières fut mis en place. Tous les biens de production étaient sous le contrôle de l'Etat.

²²⁸ Le mouvement de collectivisation agricole fut entamé après la monopolisation par l'Etat de l'approvisionnement en produit agricole. Il a atteint son apogée avec l'établissement du système des communes populaires en 1958. L'Etat chinois soumit à l'approvisionnement aménagé tous les produits subsidiaires importants et les matières premières, tels que le tabac, le lin, le porc, le thé, les vers à soie, le charbon, les laines et peaux, etc.

seulement leurs profits mais aussi les provisions d'amortissements. Les investissements d'infrastructure des entreprises, les provisions pour la rénovation des équipements, les dépenses pour les tests techniques ou de pré-production, ainsi que les frais d'acquisition de biens en capital divers devaient être approuvés par l'Etat. Enfin, les recrutements et les niveaux de salaire étaient également planifiés et dirigés par l'Etat.

3) La politique agricole

96. Dans le secteur agricole, le système économique dirigiste et planifié se manifesta tout d'abord dans la collectivisation de l'agriculture. Pour achever la transformation socialiste de l'agriculture, le Président Mao abandonnait le modèle de l'équipe d'entraide mutuelle après la réforme agraire de 1952 en imposant aux paysans de se grouper en coopératives. A la fin de ce mouvement, les coopératives, les communes populaires comprenant les familles d'un village entier, se sont développées dans tout le pays²²⁹. La collectivisation marquait l'achèvement de la refonte du système agricole que les distorsions de l'environnement macro-économique avaient rendu nécessaire. Et le monopole par l'Etat d'achat et de commercialisation des produits agricoles était la cause de ces distorsions. Le mouvement du Grand-Bond-en-Avant à partir de 1958 avait pour but de rattraper le niveau de développement économique de la Grande-Bretagne en 30 ans et des Etats-Unis en 50 ans.²³⁰ Suite de l'échec du mouvement, le système des communes populaires se transformait en équipe de production de la taille de 20 à 30 foyers possédant une comptabilité propre et responsable financièrement de ses pertes et profits. Par ce moyen, l'Etat contrôlait la production, la consommation et l'allocation des biens agricoles.²³¹

97. Les défauts du système économique planifié sont patents: déséquilibre de l'économie nationale, pénurie de produits de consommation, manque d'esprit d'initiative dû à la perte d'autonomie des institutions micro-économiques, faible croissance économique et très bas niveau de vie, etc. Certes, ce système n'avait pas

²²⁹ Le "Projet révisé des règlements sur le travail des communes populaires dans les zones rurales", approuvé par la 10^e session du 8^e Comité central du PCC en septembre 1962, donnait officiellement la naissance du système des communes populaires zones rurales.

²³⁰ Justin Yifu LIN, *Collectivization and China's Agricultural Crisis in 1959-1961*, Journal of Political Economy, 98, 6, (1990), p.1228-1252.

²³¹ Voir Justin Yifu LIN, Fang CAI, Zhou LI, *Le Miracle Chinois---Stratégie de développement et réforme économique*, op.cit. pp.15-38.

permis à la Chine de rattraper les pays industrialisés. Cependant, si l'on le voit dialectiquement et à long terme, il n'est pas aussi mauvais qu'on l'a jugé.

98. Tout d'abord, l'objectif de rattraper les pays industrialisés comme les Etats-Unis et la Grande Bretagne n'a pas été posé à tort. Face à la menace militaire des occidentaux industrialisés et à leur blocus et embargo économiques, le seul moyen de se défendre et de se protéger fut de s'efforcer d'être aussi puissant qu'eux. La seule cause juste et noble pour mobiliser les masses est la rapidité du développement national visant le niveau le plus élevé du monde sur le plan économique. Cet objectif justifie aussi la critique quotidienne de Confucius tout au long du système économique dirigiste et la révolution culturelle en 1966.

Ensuite, dans une économie où le capital est rare et le niveau de développement peu élevé, il est impératif de baisser artificiellement le prix du capital, des devises, de l'énergie, des matières premières, du travail et des biens de consommation courante pour réduire le niveau du seuil de formation du capital dans l'industrie lourde et donner la priorité à son développement. Il était nécessaire d'établir un plan et un mécanisme d'allocation administratif pour diriger les ressources rares vers l'industrie lourde, qui résumait tous les objectifs de la stratégie de développement. Il est indispensable d'ériger des institutions de gestion micro-économique spécifiques au travers de la nationalisation de l'industrie pour garantir le contrôle du surplus de ressources produites par les unités micro-économiques.

Finalement, la construction économique selon un système économique dirigiste et planifié a rendu possible le succès de la réforme économique de la Chine à partir de 1978 en fournissant à l'industrie de la nation une infrastructure matérielle, un réservoir des mains-d'œuvre spécialisés en abondance, de multiples expériences techniques et économiques, l'esprit d'initiative et la volonté de rattraper le temps perdu.

Ainsi donc, dénier tout apport du système économique dirigiste et planifié de la Chine n'est pas une attitude objective. Il n'est pas exagéré de dire que s'il n'y avait pas eu 30 ans d'économie planifiée, il n'y aurait pas eu la croissance continue de l'économie chinoise que l'on connaît depuis 30 ans depuis le lancement des réformes économiques en Chine.

§2. Le système économique chinois dans la réforme et la politique d'ouverture

99. «En à peine trente ans, la Chine a fait basculer 300 millions d'agriculteurs dans la modernité, alors que ce même processus d'industrialisation a pris en Europe plus de deux siècles.»²³² Chaque étape a été marquée par des événements économiques considérables parmi lesquels l'adhésion de la Chine à l'OMC. Cette métamorphose non seulement témoigne des efforts déployés pendant les vingt premières années de réforme (**I**), mais aussi a assuré et accéléré le développement économique chinois (**II**).

I. Réformes entre 1978 et l'adhésion de la Chine à l'OMC

100. Le système économique dirigiste et planifié étant rendu responsable de la lenteur du développement chinois avant 1978, le Gouvernement chinois s'attacha en priorité à réformer le système économique et par là même la structure de l'économie nationale en permettant une meilleure utilisation des avantages comparatifs du pays. Contrairement à la thérapie de choc adoptée par les pays d'Europe de l'Est et l'ex-Union Soviétique, la Chine a opté pour une approche progressive associant faibles coûts et risques, mais générant des rendements opportuns. Sa réforme se déroule selon trois axes différents : au niveau du système de gestion micro-économique (**A**), au niveau du mécanisme d'allocation planifiée des ressources (**B**) et à celui de l'environnement macro-économique (**C**).

A. Réforme du système de gestion micro-économique

101. A la différence des réformes des pays d'Europe de l'Est et de l'ex-Union Soviétique, la réforme chinoise n'a pas commencé par celle de l'environnement macro-économique, qui nécessitait un réajustement majeur de la structure des intérêts en place, mais par la réforme des unités dans la gestion micro-économique, à savoir les entreprises et les unités rurales. Elle mit sur pied des mécanismes incitant à l'autonomie et au partage des profits afin de créer de nouveaux flux de ressources vers les secteurs délaissés par l'ancien système. Lorsque chaque cellule de la société se ranime, l'ensemble de la société se ravive.

Cette réforme suit un ordre logique. A partir du moment où les unités de gestion micro-économique sont libres d'allouer une partie des ressources, il devient

²³² Mark Leonard, *Que pense la Chine ?* trad.par Fortunato Israël, PLON, 2008. p.13.

impossible de maintenir un système unique d'allocation planifiée et de prix contrôlés. La réforme s'étend alors naturellement des institutions de gestion micro-économique au mécanisme d'allocation des ressources et à l'environnement macro-économique. Dans ce processus, les domaines couverts par le marché s'accroissent régulièrement et les prix des biens couverts par le plan sont constamment ajustés pour se rapprocher de ceux du marché. L'impact des distorsions de l'environnement macro-économique sur les activités économiques diminue. L'abandon du système planifié est ainsi envisageable. De plus, la réforme incrémentale permet au gouvernement de choisir plus aisément les axes de mise en œuvre de la réforme. Ce processus graduel contribue à garantir l'existence d'un équilibre adéquat entre vitesse de croissance et stabilité, à minimiser les chocs sociaux et à éviter des frictions excessives.

102. Le problème le plus flagrant dans la vie économique planifiée était le manque d'initiatives des acteurs économiques. A la suite de la troisième session plénière du Comité central issu du XI^e congrès du PCC de 1978, la réforme débuta par l'amélioration du système de gestion micro-économique. Le principal objectif fut d'instaurer des mécanismes d'incitation à l'égard des paysans, des dirigeants d'entreprises et des employés pour augmenter l'efficacité économique. L'attention fut portée, en zone rurale sur la promotion du système de responsabilité des ménages²³³, et en zone urbaine sur la gestion des entreprises d'Etat.

1. La première phase de réforme de gestion des entreprises d'Etat (1979-1986)

103. Dans l'économie planifiée le système d'allocation et de comptabilité était caractérisé par l'égalitarisme absolu et par les «*trois non-différences*»²³⁴. La réforme a pour but de renverser ce régime égalitariste absolu. Les principales mesures prises ont été d'une part de stimuler les travailleurs et les entreprises par le biais d'augmentation de salaire, d'attribution de primes et de conservation de profits, et d'autre part d'attirer l'attention des gouvernements locaux et des ministères sectoriels

²³³ La Constitution de 1982 déclare officiellement que «*le système de responsabilité des ménages est un des modes de gestion de l'économie socialiste de propriété collective ... il y a une différence essentielle entre sa nature et celle des petites économies privées et individuelles du passé, qu'il ne faut pas confondre.*» Selon le régime de responsabilité des ménages, les terres étaient distribuées à chaque ménage selon le nombre de ses membres. D'après le contrat de responsabilité des ménages, le ménage devait payer les taxes à l'Etat, s'acquitter de son quota d'approvisionnement et transférer à l'équipe une certaine somme à titre de fonds sociaux et d'investissement, etc. Le ménage disposait du surplus. Ce système a, de manière significative, stimulé les paysans. Dans les régions où le système de responsabilité des ménages a été adopté, la production agricole s'est considérablement accrue. La «*Circulaire sur les activités des régions rurales de 1984*» prolongeait la durée du contrat forfaitaire de terre à 15 ans au minimum.

sur l'efficacité des entreprises afin qu'ils décentralisent le pouvoir fiscal et d'allocation des ressources²³⁵.

Pour éviter que les employés et les dirigeants n'accaparent les revenus des entreprises, au début de 1980, la province du Shandong a été la première à transformer le système de conservation de bénéfices en un système forfaitaire de profit. En d'autres termes, les entreprises devaient remettre d'abord les bénéfices fixés à l'Etat, le surplus pouvant être attribué totalement aux entreprises ou partagé selon une certaine proportion avec l'Etat. Cette politique appelée «système de responsabilité économique industrielle» a stimulé l'enthousiasme productif des travailleurs et accru la rentabilité des entreprises.

Pourtant, il manquait une délimitation claire de l'étendue de la décentralisation, des partages de profit entre les entreprises et l'Etat et du système à double voie de la fixation des prix. Dans la confusion de la réforme, naissent des opportunités de recherche de rente qui était le commencement de la corruption en Chine. Ces failles ont permis à certaines entreprises de réduire les quotas planifiés ou de ne pas remplir intentionnellement certains quotas afin d'accroître leur propre part de profits dont une partie était retenue illégalement par des dirigeants d'entreprise. La plupart, membres du PCC sont devenus la première génération de riche depuis 1949. Dépourvus de conscience morale, ils se sont justifiés par la fameuse théorie de Deng Xiaoping sur le chat noir et le chat blanc²³⁶.

2. La deuxième phase de réforme (1986- 1994)

104. Le but de cette période fut de renforcer la rentabilité des entreprises d'Etat. Les axes de la réforme sont la simplification du contrôle administratif, la décentralisation de l'autorité, le rajustement du système fiscal et l'application du système de responsabilité assumée par les dirigeants d'entreprise.

²³⁴ Il n'y avait pas de différence dans la rémunération quand on travaillait plus ou moins, quand on travaillait bien ou mal et quand on travaillait ou pas.

²³⁵ En mai 1979, la Commission économique d'Etat, le ministère des Finances et six autres ministères et commissions ont désigné huit entreprises de Pékin, Tianjin et Shanghai, trois villes relevant directement de l'autorité centrale, pour expérimenter l'augmentation des droits des entreprises.

²³⁶ M. Deng Xiaoping s'est soucie trop de développement économique chinois. D'après lui, il import peu la façon et le moyen dont on emploie pour être riche. Son autre fameuse déclaration de «laisser une fraction d'entre nous devenir riche d'abord» demeure jusqu'à aujourd'hui l'axiome pour ceux qui s'emparent la propriété publique dans leur escarcelle et pour ceux qui poursuivent la recherche de la richesse matérielle sans respecter la loi. L'appât des gains - l'initiative de M. Deng pour inciter l'enthousiasme productif du peuple, l'emporte sur la morale et sur le respect de la vie privé, sur tous mérites humains prônés par le Confucianisme pendant plus de deux mille ans en Chine. Hélas, dans une société où la croissance économique continue à l'apparence, mais la moralité du peuple s'est dégradée, qui ose imaginer le futur de ce peuple ! Cela est déjà hors de la simple question de deux faces d'une même médaille. Il s'agit au fond de la structure du système politique.

Le 9 avril 1979, le rapport de l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce (AIC) approuvé par le CAE soulignait pour la première fois la restauration et le développement de l'économie privée²³⁷. La recherche du profit favorisa l'afflux de ressources vers les entreprises non-étatiques.

Pour augmenter la rentabilité des entreprises étatiques face à la concurrence des entreprises privées, le gouvernement réduisit d'abord de manière progressive la part de profits fixée par le plan de l'économie nationale, destinée impérativement à l'Etat. Ensuite, le gouvernement émit une série de règlements administratifs pour accorder le droit et la liberté aux entreprises de vendre leurs propres produits, de fixer les prix de leurs produits, de choisir leur clients, d'acheter leurs biens intermédiaires, d'utiliser leurs propres fonds financiers, de distribuer des salaires et des primes, de créer des entreprises conjointes et d'investir dans l'innovation technologique.²³⁸

En 1988, l'Etat s'est livré à une expérience-pilote dans des entreprises d'Etat consistant à séparer l'impôt d'avec le profit dans le but de réduire le poids de l'impôt, de verser aux entreprises un quota de profits après impôt. Cette réforme a actualisé le double rôle de l'Etat en tant qu'administrateur économique et actionnaire.

Avant 1991, le système contractuel de responsabilité des avoirs des moyennes et grandes entreprises et le système de crédit-bail pour les petites entreprises étaient le pivot de la réforme. Après 1992, la réforme s'est concentrée sur l'expérimentation de l'actionnariat. Mais l'actionnariat n'a pas été ouvert pour les entreprises d'Etat du secteur de l'industrie lourde pour la simple raison qu'aucun investisseur ne voulait intervenir dans une industrie déficitaire. Dans des entreprises pilotes adoptant le système d'actionnariat, le flou existant dans la délimitation des droits de propriété conduisit à l'érosion de la propriété de l'Etat. D'ailleurs, le sous-développement des marchés concurrentiels des produits, des facteurs et de l'encadrement qualifié renchérit le coût de l'information et de la surveillance du travail des dirigeants d'entreprise.

Bien que la propriété publique reste dominante dans l'économie nationale, les entreprises privées pèsent de plus en plus lourd au point que la première révision de la Constitution en 1998 reconnut l'existence du secteur privé en tant que

²³⁷ Le Rapport relève que « selon le besoin du marché local, l'autorité pertinente pourrait autoriser les pratiques de réparation, de service et d'autres activités de main-d'œuvre des individus en leur octroyant la licence d'autorisation. Pourtant il est interdit d'employer les ouvriers dans ces ateliers individuels. »

«complément de l'économie nationale». En septembre 1999, le secteur privé devient dans la Constitution, une «composante importante » de l'économie socialiste de marché. Cette réécriture de la Constitution renforce la légitimité et la promotion du secteur privé.

B. Réforme du mécanisme d'allocation planifiée des ressources

1. Sur le système de gestion des produits semi-finis

105. Le 22 décembre 1978, M. Deng Xiaoping clôtura la 3^e session plénière du Comité central issu du 11^e congrès du PCC, par un discours intitulé « *Libérer la pensée, rechercher la vérité dans les faits, unir toutes les forces nationales et marcher solidairement vers le développement du futur* » qui en fait le rapport de thème de cette session sur les activités du futur du Gouvernement chinois, envisagent de « *revitaliser les entreprises, promouvoir la circulation des produits semi-finis et renforcer le développement du marché.* »

Pour « *renforcer le développement du marché* », il est indispensable de déboucher la source d'approvisionnement des facteurs de production et celle de la vente. Les mesures de relâchement des contrôles sur l'allocation planifiée des produits semi-finis sont les suivantes : élargir les droits des entreprises de vendre leurs produits, d'introduire des mécanismes flexibles d'approvisionnement, d'établir un marché des biens de production et de réduire le nombre, le volume et l'étendue des produits semi-finis alloués par le plan, d'ajuster les prix planifiés et de libéraliser progressivement les prix hors plan.²³⁹ A travers ces mesures, une vingtaine de produits semi-finis autrefois alloués par le plan sont entrés dans les circuits du marché.

2. Sur le commerce extérieur

106. L'objectif initial de la réforme du commerce extérieur était d'encourager l'exportation afin d'obtenir davantage de devises pour pouvoir importer des équipements et des technologies avancées. Les mesures adoptées successivement sont

²³⁸ « Règlements provisoires sur des problèmes concernant le renforcement de la rentabilité des moyennes et grandes entreprises d'Etat » promulgués en septembre 1985 par la Commission nationale de Réformes du Système économique.

²³⁹ « Des règlements provisoires sur la réforme du système d'économie planifiée » du 4 octobre 1984, émis par la Commission nationale de Planification et approuvés et publiés par le Conseil des Affaires d'Etat. Le 20 octobre 1984, le 12^e Congrès de PCC a adopté la « Décision du PCC relative à la réforme du système d'économie planifiée » qui a mis en lumière la nécessité et l'urgence de la réforme du système économique axée autour de grande villes, en fixant l'objectif, la nature et les principes essentiels de la réforme.

par exemple d'élargir le pouvoir de gestion des gouvernements locaux, des ministères sectoriels et de mettre fin aux subventions du commerce extérieur pour inciter les entreprises spécialisées dans l'importation et exportation à s'ouvrir à la concurrence mondiale et à se positionner sur le marché international.

La réforme à la fin de 1986 parvint à décentraliser le pouvoir absolu du gouvernement central sur le commerce extérieur en donnant un pouvoir de décision aux provinces, municipalités et régions autonomes, en établissant un système régional contractuel de responsabilité et en octroyant aux entreprises de commerce extérieur le droit de garder une proportion de devises étrangères. Depuis 1988, les entreprises intervenant dans le commerce extérieur ont été responsables de leurs profits et pertes. Elles obtiennent le droit d'acheter et de vendre librement leurs devises sur le marché.

3. Sur le système de gestion financière

107. Le système de gestion financière a été depuis toujours le goulet d'étranglement de la croissance économique. Avec l'essoufflement, par diverses réglementations du CAE et du Ministère des Finances, et les instructions du PCC, l'organisation financière chinoise est parvenue à transformer une entité comptable passive du système fiscal de l'Etat en un des secteurs les plus importants conditionnant le bon fonctionnement de l'économie nationale. La réforme financière s'est faite progressivement de la manière suivante :

108. Changement de l'ancienne structure financière. Avant la réforme, la Banque populaire de Chine était l'unique banque existante. Puis, diverses branches ont été mises en place depuis 1979, par exemple, la Banque d'Agriculture et la Banque de Chine. Cette dernière a été spécialisée dans les opérations de change, en charge des opérations de prêt et de crédit au commerce extérieur. En 1984, la Banque industrielle et commerciale et la Compagnie d'assurances du peuple sont apparues. A partir de 1986, le jeu de la concurrence a été introduit dans le système financier sur une base expérimentale. Un réseau de flux horizontaux des capitaux basé sur les centres régionaux urbains a été établi dans le pays. En 1994, les banques de développement (la Banque de Construction, la Banque d'import-export et la Banque de développement agricole) ont été créées. Dès le départ, la Banque industrielle et commerciale, la Banque de Construction, la Banque de développement agricole et la Banque d'importation et exportation sont de nature commerciale. Après plusieurs

années d'efforts, le système financier atteint sa structure actuelle : la Banque populaire de Chine est la Banque centrale, les banques commerciales et spécialisées universelles constituent le corps principal, tandis que les sociétés d'assurances, financières et d'action ainsi que les coopératives urbaines et rurales de crédit sont des institutions financières auxiliaires.²⁴⁰

109. Décentralisation du pouvoir de l'État sur la gestion financière.

Auparavant, l'État contrôlait tous les dépôts bancaires, approuvait tous les prêts, et collectait tous les profits. Après la réforme, la planification du crédit est unifiée, chaque banque a ses fonds indépendants, l'octroi de prêts dépend des dépôts de chaque banque et les prêts interbancaires sont autorisés. La stricte séparation des domaines d'activités entre banques spécialisées est abolie. Les politiques de taux d'intérêt différentiel, de taux d'intérêt flottant, de taux de prime et de pénalité sont introduites pour les prêts aux entreprises.

L'augmentation du nombre d'organismes et instruments financiers a accéléré le développement du marché financier. La réforme a mené à un mécanisme de concurrence entre organismes financiers. Aujourd'hui, le marché interbancaire, le marché obligataire des entreprises, le marché financier obligataire, le marché de la dette publique, le marché des dépôts des titres mobiles supérieurs à un certain montant, et la bourse jouent des rôles importants dans l'économie actuelle de la Chine.

C. Réforme de l'environnement macro-économique

1. La politique des prix

110. La réforme des prix en Chine a utilisé le système de prix à double voie²⁴¹ pour l'abolir ensuite. Cette réforme a connu deux phases : pendant la première (1978-1984), sans toucher au mécanisme de formation des prix, le Gouvernement augmenta les prix des biens en situation de pénurie et baissa ceux des biens dont l'offre dépassait la demande, en rapprochant ainsi les prix planifiés des prix moyens. A partir de 1985, les mécanismes du marché furent introduits dans le processus de formation des prix des produits et des biens matériels. En 1993, les produits dont le prix est fixé selon la demande de marché représentaient déjà 95% des ventes au

²⁴⁰ Justin Yifu LIN, Fang CAI, Zhou LI, *Le Miracle Chinois---Stratégie de développement et réforme économique*, op.cit. p.119.

²⁴¹ Deux moyens de fixation des prix de produits coexistaient : l'État dirige et fixe les prix de certains produits selon le plan économique, l'entreprise fixe les prix de ses produits selon la fluctuation du marché.

détail. Le prix de marché a commencé à influencer davantage sur les décisions d'allocation des ressources prises par les entreprises. Les prix déterminés par le marché sont des mesures-clés pour forcer les entreprises à changer leur mécanisme de gestion.

2. La politique de change

111. En août 1979, le CAE a publié les «Règlements concernant les problèmes liés à l'augmentation des revenus en devises au travers du développement du commerce extérieur» qui édicte la mise en place à partir de 1981 d'un taux de change interne pour le commerce extérieur. En 1988, le CAE décida d'établir des marchés d'ajustement des changes pour promouvoir le système de responsabilité du commerce extérieur. Les «Décisions sur l'ajustement des devises étrangères» du CAE établissaient clairement que les marchés d'ajustement des changes seraient basés sur un taux de change flexible, mais déterminé par l'offre et la demande de devises. Ce système de taux de change a été établi pour répondre aux conditions du retour de la Chine au sein du GATT. Simultanément, les banques ont été autorisées à effectuer des transactions interbancaires en devises. Cette réforme représentait le prélude à l'introduction d'une monnaie convertible, avec d'importantes et durables répercussions sur le développement de l'économie de marché.

112. En conclusion, au moment où la Chine entamait sa réforme économique, le Gouvernement n'avait pas un schéma directeur bien défini de réforme, ni expériences pour développer le pays sur le plan économique. Les mesures adoptées visaient à résoudre les problèmes économiques les plus manifestes rencontrés par les dirigeants de l'Etat. Cette approche fut baptisée par M.CHEN Yun, un économiste et ex-vice-Président de l'Etat chinois, comme «Traversons la rivière en marchant à tâtons sur les pierres» (‘摸着石头过河’, ‘*mozhe shitou guohe*’), finalement est mis en œuvre par M. DENG Xiaoping²⁴². Il y eut donc peu d'actes législatifs pendant cette période. Ce sont les ordonnances ou les réglementations du CAE et des ministères ainsi que les instructions du PCC qui régirent le processus de la réforme. Jusqu'en 1998, après une vingtaine d'années des efforts de réforme, la Chine a vu la transition graduelle de son économie vers l'économie de marché. Ces efforts pour passer à une économie de marché vont lui ouvrir les portes de l'OMC.

II. L'adhésion de la Chine à l'OMC : processus de négociation et apports des engagements

113. Le 11 décembre 2001, la République populaire de Chine est devenue officiellement, le 143^e membre de l'Organisation Mondiale du Commerce, lors de la conférence ministérielle de Doha. Cette adhésion, est qualifiée par Mike Moore, l'ancien directeur général de l'Organisation, « *de moment historique pour l'OMC, pour la Chine et pour la coopération économique internationale.* » Elle est aussi le résultat de plus de 15 années de longues négociations et de plus de 20 ans d'expériences pour « *traverser la rivière de la réforme à tâtons sur les pierres.* » Nous allons examiner les réformes dans le processus de négociation qui ont conduit la Chine à l'adhésion (A) et les apports de ses engagements à l'OMC (B).

A. Réformes dans le processus de l'adhésion de la Chine à l'OMC

114. La réforme économique de la Chine pour être membre de l'OMC se divise en deux phases successives, la première se termine en 1995, l'an de la création de l'Organisation, la deuxième y succède jusqu'en 2001, l'an de l'adhésion de la Chine à l'OMC.

1. Première phase – les efforts pour rentrer au sein du GATT

1) Contexte historique

115. Après 1945, , sont fondées sur des bases négociées et d'égalité avec le soutien des Etats Unis d'Amérique, de grandes institutions internationales—BIRD, FMI, ONU. Elles représentant un nouvel ordre mondial du commerce dans lesquelles la Chine représentée par le Gouvernement du Parti national jouait alors, pleinement son rôle sur la scène internationale. Occupant un siège de Membre dans chacune de ses trois institutions, elle participait aux discussions sur le commerce international. Le 21 avril 1947, la Chine signe le Protocole d'application provisoire de ce qui allait devenir quelques mois plus tard le GATT. En décembre 1947, les négociations de Genève débouchent en effet sur un accord général de réduction des tarifs douaniers et institutionnalisent le GATT. Vingt-trois parties contractantes étaient alors présentes autour de la table, dont la Chine. De 1947 à 1950, la Chine participait aux différentes

²⁴²CHEN Yun, *Mise en valeur de l'association d'industrie et de commerce*, in *Anthologie des œuvres choisies de CHEN Yun*, Tome II, p.152. et DENG Xiaoping, *Anthologie des œuvres choisies de DENG Xiaoping*, Tome III, pp.174, 372 et 374 . http://www.yljwz.cn/art_8/ShowArticle.asp?ArticleID=812.

réunions, acceptant même en 1949, lors du Sommet d'Annecy, de faire des concessions sur les produits manufacturés.

L'année 1950 sera pourtant une année de rupture involontaire de la part de Chine. Confrontée à des troubles politiques internes, la Chine se scinda, avec d'un côté la République populaire de Chine (RPC) à savoir le continent chinois et de l'autre, la République de Chine (Chine nationaliste, RDC) sur l'île de Taiwan. Mais la RDC qui occupait le siège au GATT décide de s'en retirer le 5 mai 1950. Depuis lors la Chine ne fait officiellement plus partie de l'organisation. Le pays perd *de facto* les avantages du droit de l'Accord général selon l'article 27 du GATT et reste à l'écart de toutes les organisations gouvernementales pendant plus de vingt ans.

Dans les années 70, les relations internationales se réchauffent et la Chine réintègre son siège au sein du FMI, de l'ONU, et de la BIRD, mais non du GATT.

2) Le processus pour réintégrer le sein du GATT

116. En 1986, dans le sillage des réformes lancées par Deng Xiaoping, le pays cherche à retrouver son statut de partie contractante originelle du GATT. Le 10 juillet 1986, la Chine présente une demande officielle au Directeur général du GATT. Pour appuyer cette demande, le Gouvernement chinois met alors en avant ses efforts « *d'ouverture sur le monde et de revitalisation de son économie.* » La Chine insiste aussi sur les avantages de sa réintégration en tant que pays en développement : « *le processus actuel de réforme économique contribuerait à l'expansion des relations économiques et commerciales avec les parties contractantes, et la participation de la Chine en tant que partie contractante aux travaux du GATT renforcerait les objectifs de l'Accord général* ». Néanmoins, le Gouvernement a eu beau s'efforcer : outre les multiples raisons qui freinaient le processus de réintégration (le Printemps de Pékin de 1989, les questions des droits de l'homme, la peur d'importations massives de produits « *made in China* »...) le groupe de travail sur la participation de la Chine au GATT, jugeait que le système économique planifié n'était pas compatible avec la structure, les dispositions et les principes du GATT. L'examen sur l'état d'avancement du régime commercial extérieur et le degré d'ouverture du marché intérieur de la Chine a, par ailleurs, montré des efforts insuffisants pour une éventuelle réintégration du pays.

Toutefois, la relance économique de Deng Xiaoping vers « *une économie socialiste de marché* » a permis dès 1992, la reprise et l'approfondissement des négociations avec le GATT. Cette fois-ci, la ligne de mire est l'obtention d'un

compromis de réintégration au sein de l'organisation en tant que Membre fondateur, avant la fin de l'Uruguay Round et de la création de l'OMC. Mais à la grande déception de la Chine, les membres ne lui accordent que le statut d'Observateur de l'OMC le 1^{er} janvier 1995.

3) Efforts législatifs pour la réintégration au GATT

117. Depuis 1979, une multitude de réglementations ont été édictées dans de nombreux domaines. Afin de répondre aux exigences du groupe de travail sur la réintégration de la Chine dans le GATT, celle-ci reconnut qu'il lui fallait se doter d'un arsenal juridique propre à favoriser l'économie de marché. Elle ne tarde pas à l'établir en faisant de son mieux. La vitesse et l'envergure des travaux législatifs surprennent le monde.

Il n'est pas étonnant que la première loi en 1979 fût la « Loi sur les entreprises à investissement étranger ». L'objet de cette loi est d'attirer les investissements étrangers et de faire en sorte que le droit plus qu'une fin en soi, devienne un instrument au service de l'économie. Basés sur cette position pragmatique, une multitude de lois voient le jour avant 1995, la plupart d'entre elles ayant pour but de répondre aux exigences du groupe de travail du GATT. Parmi celles-ci figurent :

- en 1979, la loi des entreprises mixtes à capitaux chinois et étrangers ;
- en 1980, la loi de l'impôt sur le revenu personnel ;
- en 1981, la Loi des contrats économiques ;
- en 1982, la Loi de la marque ;
- en 1983, la Loi des statistiques ;
- en 1984, la Loi du brevet ;
- en 1985, la Loi sur les contrats économiques avec l'étranger, la loi sur la comptabilité, la Loi de mesure ;
- en 1986, la loi sur la gestion de la terre, la loi des entreprises à investissement étranger, la loi des principes généraux des affaires civiles ;
- en 1987, la Loi sur les contrats de transfert de technologies domestiques ;
- en 1988, la Loi de la normalisation, la Loi des entreprises de coopération sino-étrangère, la Loi sur l'entreprise industrielle d'Etat ;
- en 1989, la Loi du contrôle de qualité des marchandises ;
- en 1990, la Loi sur le droit d'auteur ;
- en 1992, la Loi des impôts, la Loi du commerce maritime ;
- en 1993, la Loi contre la concurrence déloyale, la Loi d'agriculture, la Loi

des sociétés, la Loi sur la qualité des produits, la Loi sur le registre d'expert-comptable ; la Loi sur la protection des droits et intérêts des consommateurs ;

- en 1994, la Loi sur le travail, la Loi de la publicité, la Loi de l'arbitrage, la Loi de l'apurement des comptes, la Loi sur la gestion des biens fonciers dans la zone urbaine, et la Loi du commerce extérieur.

2. Seconde phase du processus de l'adhésion à l'OMC

118. Le nouveau cadre de négociations au sein de l'OMC a abouti à un ensemble d'obligations nouvelles, à la mise en place d'organismes naissants et au respect de procédures d'examen et de règlement des différends qui ont rendu le processus d'adhésion encore plus complexe. Une fois que le régime commercial fut jugé suffisamment avancé par le groupe d'experts, les formalités d'adhésion de la Chine à l'OMC ont débuté par des négociations bilatérales sur l'accès des marchés.

Dans la majorité des cas, la Chine a négocié, dans le même temps, sur le front multilatéral et bilatéral avec les pays Membres demandeurs. Les négociations sino-américaines ou sino-européennes ont été déterminantes dans le processus d'accession de la Chine à l'OMC, en raison de leurs poids respectifs dans les relations internationales. Finalement, l'accord sino-européen est signé le 19 mai 1999, l'accord avec les Etats-Unis signé en novembre 1999.

119. Les concessions importantes de la Chine pour achever l'adhésion. La première des concessions concerne le statut de pays en voie de développement en lien avec la question agricole. Il s'agissait de déterminer le niveau de plafonnement des subventions agricoles. L'OMC accordait aux pays en développement un plafond de subventions s'élevant à 10% de leur production, contre 5% pour les pays développés. La Chine, avec une population de 1,3 milliards d'habitants dont 80% de paysans vivant de leur production grâce aux subventions d'Etat, voulut à juste titre obtenir de l'OMC le statut de pays en développement. Mais les Etats-Unis souhaitèrent que ce pays soit considéré comme pays développé pour que le niveau de plafonnement soit réduit de moitié (5%) et ainsi favoriser les exportations agricoles américaines. Finalement, la Chine céda en acceptant que les subventions soient plafonnées à hauteur de 8% de la valeur produite.

La deuxième grande concession concerne l'ouverture du marché des services. Cette fois-ci les discussions opposèrent la Chine et l'Union européenne sur la

question de l'octroi de licences aux opérateurs des télécommunications, des assurances et des banques. La Chine répondait de manière substantielle et satisfaisante aux demandes européennes : l'accord sino-européen inclut une diminution des droits de douanes sur 130 produits et services intéressant particulièrement les Européens, la possibilité pour les compagnies d'assurances ou de télécommunications de constituer des joint-ventures, un raccourcissement des délais d'implantation et la levée de la majeure partie des restrictions pour la grande distribution.

120. Efforts de réforme dans la législation. Tout au long des négociations, le Gouvernement chinois s'attachait à améliorer son environnement législatif et réglementaire, une vingtaine des lois ont été adoptées.²⁴³

B. Apports des engagements chinois à l'OMC

1. Engagements douaniers et du marché ouvert

121. Dans les accords sino-américains et sino-européens, 82 points différents marquent la richesse et la complexité de l'Accord et concernent une diversité de domaines tels que le régime commercial, la non-discrimination, les mesures non-tarifaires ou encore le mécanisme d'examen transitoire. Ces concessions d'importance nécessiteront des réformes de fond sur une période de cinq ans à partir de son adhésion à l'OMC, pour que le pays puisse faire face à l'intensification de la concurrence mondiale.

1) Engagements généraux de la Chine à l'OMC

122. Globalement, la Chine devra appliquer les grandes principes de base de l'OMC de manière effective et uniforme sur l'ensemble de son territoire : clause de la nation la plus favorisée, traitement identique pour les produits nationaux et étrangers destinés au marché chinois ou à l'exportation, fins des pratiques de doubles voie de prix et des mesures inéquitables comme le dumping par exemple, droits de commerce d'exportation et d'importation de toute marchandise et fin des subventions à l'exportation pour les produits agricoles.

²⁴³ De 1995 à 2001, de nouvelles lois sont promulguées et entrées en vigueur. Elles sont la loi sur la garantie, la Loi sur l'assurance, la Loi de la Banque populaire chinoise, la Loi sur l'effet de commerce et la Loi des banques commerciales en 1995 ; la Loi des entreprises appartenant aux communes rurales et la Loi sur l'adjudication aux enchères en 1996 ; la Loi des entreprises coopératives, la Loi de prix et la Loi sur la construction en 1997 ; la Loi de titre de valeurs en 1998; la Loi de contrat, la Loi sur les entreprises des investissements personnels, la Loi sur l'adjudication et la soumission en 1999, et la Loi sur la fiducie en 2001.

Elle devra également respecter certains accords particuliers concernant les droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPs), à la libéralisation des services (GATS) et aux politiques d'investissement liés aux échanges (TRIMs).

De plus, la Chine sera contrainte au règlement multilatéral des différends. Un mécanisme de sauvegarde transitoire sera appliqué pendant une période de douze ans, dans le cas où les importations massives en provenance de Chine menaceraient de manière importante les producteurs nationaux des pays membres.

Concernant les barrières non-tarifaires, telles que les obstacles techniques au commerce (OTC) ou des mesures sanitaire et phytosanitaires (SPS), la Chine a chargé des autorités de les notifier et de les publier dans les publications officielles.

Enfin, elle s'engage à rendre compte de toutes modifications apportées à sa politique intérieure, en particulier dans le domaine commercial et de rendre publique les nouvelles règles adoptées en la matière.

2) Exception d'engagement de la Chine dans quelques domaines

123. Les exceptions ne sont qu'au nombre de deux : la Chine conserve son régime de commerce d'Etat exclusif pour les céréales, le tabac ou les minéraux, et garde un certain nombre de restrictions en matière de transport et de distribution sur son territoire.

2. Impacts économiques de l'adhésion de la Chine à l'OMC

124. La forte croissance économique de ces vingt dernières années a justifié la décision de réforme des dirigeants chinois. Cependant, la croissance économique s'essouffle car, malgré les réformes, de graves lacunes structurelles persistent et entravent les performances des entreprises et du système financier. L'accession de la Chine à l'OMC a permis de moderniser l'économie chinoise et d'accélérer la réforme dans la gestion micro-économique des entreprises et du système financier, d'améliorer l'environnement macro-économique et l'environnement réglementaire.

Conformément aux règles de l'OMC, les concessions chinoises visent à ouvrir et libéraliser son économie afin de mieux intégrer le pays à l'économie mondiale et améliorer la stabilité des conditions régissant les échanges et l'investissement interne et étranger. La libéralisation à travers la baisse des droits de douanes se traduit par d'importantes réallocations intersectorielles et par une concurrence plus âpre sur le marché chinois. Dans l'ensemble, la réussite de l'intégration s'est traduite par

l'accélération des réformes économiques, par l'introduction de la concurrence, par l'achèvement de l'économie de marché.

Le gouvernement chinois réforme actuellement le secteur des entreprises et des banques : libéralisation des taux d'intérêt, développement du marché interbancaire, établissement de règles prudentielles plus solides, privatisation d'une bonne partie des banques commerciales et des entreprises d'Etat et amélioration considérable des systèmes de gouvernance des entreprises. L'accélération des réformes est une condition nécessaire pour rendre les entreprises compétitives et éviter l'accumulation de nouveaux prêts non performants.

En effet, l'introduction d'une concurrence plus âpre sur les marchés chinois représente une réelle menace pour les entreprises nationales. Ainsi, l'accélération et l'approfondissement de la réforme deviennent plus urgents que jamais.²⁴⁴

Section 2 Développement du droit chinois économique

125. Suivant la conception globale, la plus répandue, le droit économique est constitué par les structures et les comportements juridiques (les règles, les droits, les procédures, les institutions, les méthodes) qui ont répondu à la montée du système économique dans les sociétés²⁴⁵. Plus simplement, il est un droit de l'organisation de la vie économique. Comme dans les autres pays, «*le droit économique débutant par le droit public*»²⁴⁶, le droit économique chinois s'identifiait aisément au droit de l'intervention de l'Etat dans l'économie durant vingt siècles. Son évolution ne commençait qu'au début du 20^e siècle avec l'émergence des pouvoirs économiques privés. Avec l'essor économique de la Chine, le droit économique est devenu une matière apparemment hétéroclite, contenant des branches fortes de la discipline sur la concurrence, la consommation et la distribution, particulièrement le droit de la concurrence, qui constitue dans l'économie chinoise le cœur du droit économique. Au cours de cette évolution récente, le droit économique s'est structuré en plusieurs autres branches importantes : le droit financier, le droit comptable, le droit des sociétés, le droit du contrat, le droit des prix, etc. Le trait commun unissant toutes ces branches est « le marché ». Depuis l'introduction du terme « marché » dans le droit

²⁴⁴ Mémoire dirigé par Monsieur Gérard Duchêne, présentée et soutenue par Caroline THAI.

²⁴⁵ Voir, par exemple, Gérard Garjat, *Pour un droit économique*, Puf, 2004. p.39.

contemporain chinois le droit économique se divise doctrinalement en deux parties, d'une part le droit public économique, et d'autre part le droit commercial dont le cœur est aujourd'hui le droit de la concurrence. Pour des raisons de clarté nous adopterons une perspective historique : le droit chinois économique impérial et l'évolution du droit contemporain chinois des affaires (§1) et la constitution du droit commercial moderne (§2).

§1. Droit chinois économique avant la réforme de 1978

126. Dans la mesure où l'année 1978 constitue un tournant dans l'histoire de l'économie et du système juridique chinois, il est judicieux de classer le développement du droit économique chinois en deux grandes périodes : avant la réforme de 1978 et après la réforme de 1978. Cependant, avant la réforme de 1978, le droit économique chinois évolua au long des siècles : il a passé du droit économique impérial (I) au droit économique évoluant et transitoire de 140 ans (de 1840 à 1978) (II). Il convient d'examiner leurs caractéristiques respectives.

I. Système juridique féodal économique

127. Une brève étude du système juridique féodal pendant plus de deux mille ans (A) nous aidera à connaître ses spécificités (B) et fera ressortir la résonance bouleversante de son évolution à la fin du XIX^e siècle et la percussive retentissante de la réforme juridique après 1978.

A. La naissance et le contenu principal du droit économique du féodalisme

1. Origine du droit économique dans la société esclavagiste (21^e siècle – 221 av. J.-C.)

128. Le droit économique n'apparaît en Chine, qu'à partir de la dynastie Xia, la première société esclavagiste unifiée de la Chine (21^e av.J.-C. à 16^e av.J.-C.). La Chine sort alors de la période des barbares, des brigands, des petites tribus parsemées qui compliquent voire rendent impossibles les échanges entre commerçants et l'administration uniforme des activités économiques. L'«Histoire de Zuo» ('左传', 'zuozhuan') mentionne que « l'ancêtre de la famille XUE qui s'appelle Xizhong, est nommé comme administrateur pour surveiller et gérer la manufacture des

²⁴⁶ Marie-Anne Frison-Roche, Sébastien Bonfis, *Les grandes questions du droit économique-Introduction et documents*, Guadrigue/Puf, 2005, p.20. Voir aussi, P.Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998.spéc.p.10 et s., sur la définition même du « droit public de l'économie».

charrettes.»²⁴⁷ Cela implique qu'une catégorie d'artisans et d'ouvriers de qui naît celle des marchands (fabrication, commerce), des réglementations relatives à la manufacture des charrettes et des coutumes et des règlements sur l'échange des produits fabriqués artisanalement sont déjà apparues à cette époque. Que l'origine du droit économique chinois date du VII^e siècle av. J. - C. a été reconnu de manière générale dans le milieu des juristes chinois²⁴⁸.

La dynastie Zhou (11^e av.J.-C. à 256 av.J.-C.) marquait l'apogée du développement de la société esclavagiste chinoise. Le marché parvint à un stade primaire de développement, ayant une étendue et une aire de circulation des marchandises et des monnaies relativement considérables. Les activités législatives et réglementaires sur les activités économiques de la société commencèrent à prendre forme.

129. Premièrement, une réglementation des foires.

Le gouvernement de la dynastie Zhou-Ouest (11^e av.J.-C. à 770 av. J.-C.) instaura trois sortes de foires : la grande foire ouverte de midi jusqu'au soir, où toute personne commerçante ou non commerçante venait échanger; la foire du matin pour les échanges entre marchands de ville et marchands colporteurs venant de loin ; la foire du soir pour les échanges entre petits commerçants et colporteurs²⁴⁹. Toutes ces foires avaient des locaux fixes.

Deuxièmement, des réglementations sur l'accès des marchandises aux foires. Des contraintes réglementaires de l'accès des marchandises aux foires sont rigides. Une dizaine des produits n'ont pas le droit d'entrer dans le marché, tels que les produits de luxe (en jade, en or, etc.), les ustensiles royaux, les instruments sacrificatoires, les armes, les produits de mauvaise qualité et qui ne correspondent pas aux mesures standards, les fruits récoltés avant la saison, les bois coupés ou les poissons pêchés pendant la période de fermeture, etc. Les prix des marchandises disponibles sur le marché sont soumis à réglementation. Tous les marchandises vendues sur le marché doivent au préalable avoir été évaluée par un Maître d'évaluation ('贾师', 'gu shi'), nommé par le gouvernement, sur la base de la qualité du produit et de l'offre et de la demande sur le marché²⁵⁰.

²⁴⁷ «左传»：“薛之皇祖奚仲，居奚，以为车正”。

²⁴⁸ Voir, MIAO Yanbo, *The Study of Chinese Commercial Law System*, Law Press-China, 2007. p.24.

²⁴⁹ «Les rites de Zhou, officiers locaux, sishi (zhouli, diguan, sishi)». («周礼·地官·司市»)

²⁵⁰ « Histoire de rites, Réglementation royale ». («礼记·王制»)

Troisièmement, les règles de contrat. D'après le «Rite de Zhou», les parties présentes doivent conclure leur transaction par la rédaction d'une convention sur une tablette de bambou. Cette convention écrite est appelé «zhi ji» ('质剂'), qui se distingue selon les formes : «zhi» ('质') pour des transactions de grande valeur, et «ji» ('剂') pour les ventes de produits de moindre coût. Le support du contrat, c'est-à-dire la tablette de bambou, est brisée au milieu, chacune de deux parties au contrat prenant une moitié pour vérifier leur transaction en cas de différend. «*Cette convention a pour finalité d'établir le crédit entre parties, et de servir de preuve pour résoudre le différend potentiel entre les parties.*»²⁵¹

Quatrièmement, une administration spéciale chargée de la gestion des activités économiques sur le marché. L'Etat de la dynastie Zhou-Ouest protégea les activités commerciales en instituant une autorité appelée 'Bureau du marché' ('司市', 'sishi') se chargeant des transactions sur le marché et gérant les contrats commerciaux pour assurer le bon fonctionnement du marché. «*Le Bureau du marché a pour but d'élaborer les règlements de la foire et de les faire connaître. Il délimite le terrain comme champs de foire ; il construit les comptoirs et les rayons pour y mettre les marchandises ; il formule les règles pour rendre le marché stable ; en tant que médiateur il apaise les querelles et différends ; en tant qu'administrateur, il interdit les fraudes et les tricheries.*»²⁵² Le Bureau du marché est composé de cinq services : le Maître d'évaluation ('贾师', 'gu shi') pour évaluer la valeur et fixer le prix des marchandises ; le Maître de sanction ('胥师', 'xushi') pour sanctionner les marchands qui transgressent les règles du marché, par exemple, en vendant des produits de mauvaise qualité ou à un prix plus élevé que celui fixé, etc.; le Directeur d'exposition ('肆长', 'sizhang') pour aider à étaler les marchandises selon leur niveau de qualité afin de prévenir la contrefaçon ; l'Homme d'impôt ('廛人', 'chanren') pour percevoir les impôts ; et l'Homme de garant ('质人', 'zhiren') dont le rôle correspond à celui de notaire, devant lequel doit se conclure le contrat entre les parties et qui l'authentifie²⁵³.

²⁵¹ «Les rites de Zhou, officiers locaux, sishi (zhouli, diguan, sishi)». («周礼·地官·司市»:以质剂结信而止讼。)

²⁵² «Les rites de Zhou, officiers locaux, situ (zhouli, diguan, situ)» («周礼·地官·司徒»), cité par Zhang Guoan, Histoire de système du droit de la Chine. Presse de Jiancha, édition 2007, p.85.

²⁵³ «Les rites de Zhou, officiers locaux, situ (zhouli, diguan, situ)» («周礼·地官·司徒下»).

Cinquièmement, la responsabilité juridique en cas d'infraction aux règles du marché. Selon le règlement du marché, tous les contrevenants aux règles du marché seront condamnés à des sanctions en fonction de la gravité et de la circonstance de l'infraction. Trois sanctions furent ainsi établies : l'affichage des charges contre le contrevenant à l'entrée du marché ('宪罚', 'xianfa'); l'exhibition et le défilé du marchand contrevenant dans le marché et la ville où se trouve le marché du contrevenant pour faire connaître au public ses infractions et pour le diffamer ('徇罚', 'xunfa'); et le fouet ('扑罚', 'pufa').

Pendant la période des Printemps et Automnes et la période des Royaumes Combattants (770 av.J.-C. à 221 av.J.-C.), la division sociale du travail fut assez variée et concrète pour qu'apparût une centaine des ateliers artisanaux différents. Les Etats combattants les tenaient en haute estime en les considérant comme les œuvres des Hommes saints et des sages. Dans chaque Etat, pour chaque secteur artisanal il y eut une autorité spécifique pour s'en charger²⁵⁴. Les commerçants libres deviennent plus nombreux au point que la première polémique sur la théorie de la gestion d'Etat de l'économie se déclenche. Dans la polémique, les théories des légistes comme GUAN Zhong (管仲) et FAN Li (范蠡) en faveur d'une politique encourageant le commerce et les marchands l'emportent.

130. Cependant, l'histoire chinoise ne se développe pas en faveur du commerce. L'unification des Etats combattants par l'Etat Qin mit un terme à la période commercialement la plus florissante dans l'histoire de la Chine avant le 20^e siècle. Entrant dans la période féodale à partir de l'an 221 av. J.-C. le droit économique chinois grandit finissant par devenir un système insolite dont les traces se voient encore dans le système moderne du droit économique de la Chine.

2. *Le corps du droit chinois économique féodal et ses vicissitudes*

131. Il est permis de citer l'exemple du cas de la dynastie de Tang (618 à 907) qui fut le faite de la civilisation chinoise à la fois culturellement et économiquement pendant la période féodale et impériale. Trois aspects nous permettront d'apprécier le niveau de son développement juridique en matière d'économie :

1) droit de la propriété :

132. La terre fait l'objet principal de la propriété dans la dynastie Tang. La propriété publique de la terre l'emporte beaucoup sur la propriété privée. Selon les Règles agraires de Tang ('均田律令', '*juntian lüling*'), la terre de l'Etat est composée de trois parties, la terre perpétuelle à labourer ('永业田', '*yongye tian*'), la terre attribuée à chaque paysan ('口分田', '*koufen tian*') et la terre attribuée aux fonctionnaires selon leur rang ('职分田', '*zhifen tian*'). Il est interdit de vendre la terre que l'Etat a répartie. Le contrevenant recevra des coups de bâton, 10 coups de bâton pour un *Mu* ('亩', unité de mesure de superficie équivalant à 1/15 d'hectare). De plus, il est interdit aussi aux fonctionnaires de s'approprier la terre labourée attribuée aux paysans. Le contrevenant sera puni de 60 coups de bâton pour une vente d'un *Mu* de terre et de deux ans et demi d'emprisonnement²⁵⁵.

Toutes choses sans maître, comme le gibier, les poissons, et les choses cachées dans la terre peuvent être conservées par son détenteur. Mais tout bien perdu et retrouvé doit être restitué au gouverneur du lieu dans les cinq jours, sinon, une peine pour vol de deux ou trois ans d'emprisonnement l'attendra²⁵⁶.

2) droit du contrat :

133. Dans la dynastie Tang, le droit d'obligation se développe de manière générale. Toutes sortes d'obligations sont issues des contrats conclus entre les participants dans les activités civiles et commerciales.

Le système du contrat de vente est complété par rapport à l'ancien système. Le contrat de vente des marchandises de grande valeur doit être scellé officiellement. La partie qui vend doit assumer l'obligation de garantir le vice caché du produit vendu. La mauvaise foi dans la transaction est sanctionnée par une peine de coups de bâton²⁵⁷. La transaction des biens immobiliers est soumise à une procédure rigoureuse de demande d'autorisation au registre officiel. Le principe de priorité est aussi instauré²⁵⁸.

3) droit du marché :

²⁵⁴ « Les rites de Zhou, officiers locaux, situ (zhouli, diguan, situ », cité par Zhang Guoan, Histoire de système du droit de la Chine. Presse de Jiancha, édition 2007, p.85.

²⁵⁵ L'article 163 et 167 du livre de famille et de mariage du Code de Tang ('唐律疏义·户婚律', '*tanglü shuyi, huhun lü*').

²⁵⁶ L'article 448 du Livre général du Code de Tang ('唐律疏义·杂律', '*tanglü shuyi, zaliü*').

²⁵⁷ L'article 422 du Livre général du Code de Tang.

²⁵⁸ Partie II du Régime de terre du Code général de Tang ('通典·田制下', '*tongdian tian zhi xia*').

134. - Sur les poids et les mesures, les principaux textes furent la «Loi générale (‘杂律’, ‘*zalı*’)), les « Règlements généraux (‘杂令’, ‘*zalıng*’)) et le « règlement relatif à la douane et au marché (‘关市令’, ‘*guanshi ling*’) ». Ceux-ci disposent que le gouvernement central fabrique les appareils des poids et des mesures pour les unifier et qu’une fois par an, en août de chaque année, les appareils des poids et des mesures utilisés par les commerçants individuels doivent être étalonnés en un lieu fixé par l’autorité locale, qu’ils ne peuvent être réutilisés qu’après la mise en cachet de l’autorisation. Ceux qui n’appliqueraient pas ces directives ou qui fabriqueraient eux-mêmes les appareils seraient punis de 70 ou 50 coups de bâton.²⁵⁹

- Sur la normalisation de la qualité du produit, l’article 418 de la « Loi générale, (*Tanglü shuyi, zalı*) » dispose que lorsque les produits sont de mauvaise qualité ou que les objets pour les services publics ou privés et les tissus comme la soie et le coton sont inférieurs aux mesures standardisées, le fabricant et le commerçant sont punis solidairement de 60 coups de bâton afin de s’acquitter d’une peine pour vol. L’administrateur du marché qui connaissait la mauvaise qualité du produit, mais qui n’a pris aucune mesure pour empêcher l’infraction sera considéré comme complice et subira la même peine

- Sur la gestion du prix des produits, d’après l’article 419 de la « Loi générale, (*Tanglü shuyi, zalı*) », l’autorité compétente exerce trois fois par mois l’évaluation du prix des marchandises sur le marché pour déterminer le grade des marchandises. Le prix de chaque produit est fixé selon sa qualité entre trois grades : haut, moyen et bas par l’officier d’évaluation. Si celui-ci ne s’acquitte pas de sa tâche avec équité, et qu’il en résulte une différence de prix entre marchandises de même qualité, il sera condamné pour crime de détournement.

- Sur la gestion du marché, elle se trouve énoncée par l’article 421 de la « Loi générale, (*Tanglü shuyi, zalı*) ». Conformément à cet article, les ententes pour manipulation de prix, les abus de position dominante, les pratiques entravant l’accès des acteurs économiques à certains marchés ou tendant à leur exclusion, les pratiques d’éviction, la transaction par la force, les publicités trompeuses, sont interdits. Les transgresseurs sont frappés de 80 coups de bâton, et ceux qui en ont tiré bénéfice sont condamnés à de la peine de prison pour vol.

²⁵⁹ L’article 417 du Livre général du Code de Tang (‘唐律疏义·杂律’, ‘*tanglü shuyi, zalı*’).

- Sur la gestion de la monnaie, l'article 391 de la « Loi générale, (*Tangliu shuyi, zalü*) » prévoit que dans le territoire de Tang, seule circule la monnaie unique fabriquée par l'Etat. Les faux monnayeurs sont punis très sévèrement de 100 coups de bâton et/ou de bannissement à 1.5 mille kilomètre de leur lieu d'habitation.

- Sur le commerce extérieur, le « règlement relatif à la douane et au marché (*guanshi ling*) » prévoit que tous les commerçants qu'ils soient citoyens ou étrangers doivent obtenir, une carte d'autorisation du gouvernement ('过所证', '*guosuo zheng*') pour franchir la frontière. L'autorité locale de frontière se charge du contrôle d'entrée et de sortie du pays. A coté de la douane, sont instaurés les champs de marché où les marchands internes et étrangers commercent. Selon cette loi, la soie, l'or, l'argent, les pierres précieuses et les armes sont interdites de transaction.²⁶⁰

Durant mille ans à partir de la dynastie Tang jusqu'au milieu de la dynastie Qing (1644 à 1911), le droit économique chinois reste stationnaire, sauf des vicissitudes apparues dans le domaine des activités commerciales à partir de la dynastie Qing.

135. La politique de Qing témoigne son aspect contradictoire à l'égard du commerce et des commerçants. D'une part, le gouvernement Qing montre quelques sympathies ('恤商政策', '*xushang zhengce*') à l'égard des commerçants en vue de stimuler le commerce. Cette politique se traduit par deux mesures principales : l'une est la baisse des impôts et des taxes prélevés sur les commerçants et les produits agricoles ; l'autre est l'élévation de la position sociale des commerçants qui depuis lors sont finalement devenus l'une des quatre classes considérées comme éléments essentiels de la société²⁶¹. Quelques lois furent adoptées pour protéger les activités commerciales et les intérêts des commerçants.

Mais, d'un autre côté, le gouvernement renforce le contrôle des activités commerciales à travers d'une part la délivrance du permis de voyage qui représente une contrainte à la libre circulation des marchandises, d'autre part le contrôle et la surveillance fréquente du prix des produits privant les commerçants de leur liberté de fixer le prix de leurs marchandises, et enfin l'interdiction de créer une agence courtière privée²⁶². De plus, le gouvernement Qing interdit les transactions commerciales entre les commerçants chinois et les étrangers. Les activités

²⁶⁰ *Ibid.* p. 255,256.

²⁶¹ L'ordre de ces quatre classes selon leur position sociale est : le mandarin, l'ouvrier agricole, l'artisan et le commerçant ('仕农工商', '*shi nong gong shang*').

d'import/export seront considérées comme crime de trahison et conduit Le contrevenant à la peine de mort. Ainsi, la Chine sous le règne des Mandchous se replia sur elle-même pratiquant une politique isolationniste jusqu'à la révolution de la nouvelle démocratie²⁶³ menée par l'ethnie Han.

B. Caractéristiques du droit économique impérial

136. En tant que partie importante du système juridique chinois impérial, toutes les dispositions concernant la régulation des activités économiques et les activités commerciales furent intégrées dans les codes de chaque dynastie qui furent *fidèles à leur origine pénale*, et qui ne pouvaient *servir qu'à rétablir l'ordre naturel qui se traduit par l'observation des rites*²⁶⁴. Alors, le droit économique chinois avait inévitablement tous les caractères communs de l'ensemble du système²⁶⁵. Cependant, il était un droit *sui generis*.

137. Premièrement, l'absence de la division de la sanction entre droit pénal et droit civil, entre droit public et droit privé le rendit comme un amalgame de diverses doctrines hétéroclites.

Contrairement au système romano-germanique²⁶⁶, le droit économique chinois ne comportent que l'aspect pénal et une forte tendance interventionniste d'Etat, même s'il existe quelques dispositions civiles et commerciales, et qu'une distinction est faite entre affaires pénales et affaires civiles nommées respectivement 'yu' et 'song' ('狱', '讼') depuis l'époque de Ouest- Zhou (11^e siècle av. J.-C. - 770 av. J.-C.). Les contentieux entre particuliers et/ou entre commerçants étaient uniquement réglés par des sanctions pénales, leurs rapports économiques étaient également régis par des règles de nature « publique ». « *Même les prescriptions purement civiles comportent une sanction pénale, puisque, ce qu'il s'agit de réprimer, c'est bien moins l'atteinte à un droit appartenant à autrui, que la violation de l'ordre naturel.*»²⁶⁷

²⁶² Par exemple, la loi d'aménagement de l'agence courtière de 1740 concentre le pouvoir du contrôle à cet égard à l'administration au niveau provincial.

²⁶³ L'histoire contemporaine de la Chine de 1840 jusqu'en 1949 est appelée comme la période de révolution de nouvelle démocratie par Président MAO Zedong. Cette nomination a été acceptée universellement par l'ensemble de l'intelligentsia chinoise.

²⁶⁴ Jean ESCARRA, *Droit chinois et droit comparé*, Sweet Maxwell LTD., 1928, p.280.

²⁶⁵ *Supra.* n° 17 et s.

²⁶⁶ Dans le droit continental européen, les distinctions entre droit public et droit privé, entre droit civil et droit pénal sont fondamentales. Cette *séparation public et privé est objective dans la société capitaliste : elle nous parle d'organisation concrète et réelle de cette société. Elle n'a donc pas qu'une existence fantomatique ou purement idéologique : elle participe non seulement idéologiquement mais aussi institutionnellement au fonctionnement de la société bourgeoise*». Propos de Mireille DELMAS –MARTY, cité par Jean-Luc AUBERT : Introduction au droit et thème fondamentaux du droit civil, 9^e éd., Armand Collin, 2002, p. 36.

²⁶⁷ Jean ESCARRA, *Droit chinois et droit comparé*, op.cit., p. 289.

Par conséquent, la notion de droits subjectifs n'existait pas en droit chinois impérial. Lorsque, au III^e siècle av. J.-C., la société chinoise est confrontée à la pénurie, les légistes et les lettrés confucéens s'affrontent. Les légistes sont partisans du droit, de la propriété privée et de mesures pour assurer le développement du commerce. Les confucéens s'opposent à cette solution. Ils estiment qu'il faut s'en remettre aux sages, développer l'éducation qui discipline les appétits, pour faire régner l'harmonie sociale. Pour eux, *«l'idée de droit subjectifs, que les lois engendrent infailliblement, est contraire à l'ordre naturel des choses : quelque chose est pourri dans la société dès que l'individu s'avise de parler de ses droits»*²⁶⁸ et chaque procès est un scandale qui trouble l'harmonie sociale. Les légistes estiment qu'il est absurde de s'en remettre à la vertu des sages, et des saints hommes. Il y a peu de sages et l'on a besoin de solutions quotidiennes. Les lois prévoient des solutions pour la plupart des cas. Les administrateurs doivent s'inspirer de la pratique des commerçants qui pèsent avec des balances. Malheureusement, deux siècles après, les légistes perdent leur pouvoir avec l'écroulement de la dynastie Qin. C'est l'idéologie confucéenne qui l'emporte. Depuis lors, le droit économique ne semble avoir pour unique fonction que de garantir l'exercice du pouvoir public dans le domaine économique. Sa finalité devint répressive plutôt que réparatrice.

138. Deuxièmement, étant la classe la plus inférieure par rapport à toutes les autres classes sociales, les classes de commerçants et de marchands ne possédaient pas la personnalité juridique.

Depuis la victoire des lettrés confucéens dans l'idéologie de la dynastie Han (206 av. J.-C. à 220), le mandarinat l'emporta dans tous les rapports sociaux pendant deux mille ans. L'échec de l'ascension de la classe des marchands est *« une des clefs pour comprendre l'absence d'évolution du pays et, par voie de conséquence, la domination étrangère à laquelle il a été soumis par les puissances occidentales développées... et qui est à la base de l'échec de l'apparition d'une science moderne en Chine. Pour de nombreux historiens, la naissance de la science moderne survint en même temps que la Renaissance, la Réforme et la montée du capitalisme. Il est vraisemblable que ce sont les marchands, la classe bourgeoise, qui ont libéré les hommes des dépendances hiérarchiques des classes féodales et de l'organisation*

²⁶⁸ R. David, *Précis des grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 1965, p.531. Nos développements suivants sont inspirés du remarquable précis de R. David et du grand travail de Michel Granet, *La pensée chinoise*, Paris Albin Miche, «L'Evolution de l'humanité», 1974.

bureaucratique de l'Ancien Régime. Tout homme devient un partenaire économique, une personne juridique. L'extension de l'économie marchande s'accompagne de l'extension du système juridique.»²⁶⁹

II. Evolution du droit contemporain chinois des affaires

139. Le XIX^e siècle apportait à la Chine un cruel désaveu à ses idées, stratégies, systèmes politiques et économiques. Alors que s'amplifiait en occident la menace des appétits de l'empire tsariste et de la Grande-Bretagne, l'empereur chinois et ses mandarins prirent pour la première fois conscience de la faiblesse de leur politique intérieure et extérieure. La Guerre de l'Opium en 1840 marquait le commencement de l'histoire moderne de la Chine et du système juridique chinois. Le droit des affaires passa par quatre périodes transitoires (A). Cette évolution n'a pas été sans répercussion sur la modernisation (B).

A. Processus de l'évolution

1. Période de la fin de la dynastie Qing (1840-1911)

140. Après la Guerre de l'Opium, des élites chinoises de l'ethnie Han s'employèrent à rechercher des expériences parmi les puissances occidentales en vue de reformer la Chine dans tous ses domaines. Dans le domaine du droit, le mouvement d'édification du système de la monarchie constitutionnelle fut mené par un savant éminent - Monsieur SHEN Jiaben. Le premier fruit du mouvement est la naissance du droit des affaires.

Le 21 janvier 1904 le Code royal de commerce vit le jour ('钦定商律', '*qinding shanglü*'). Il se compose de 9 articles concernant les principes généraux du droit commercial, tels que la définition du droit, la personnalité juridique et la capacité juridique du commerçant, l'enseigne commerciale et le comptable, etc. et de 131 articles relatifs aux règles de fonctionnement des sociétés. Pour la première fois en Chine, la société de quatre types²⁷⁰ apparaît sur la scène chinoise tant sur le plan de la nature juridique qu'au plan économique. Les trois cinquièmes des 131 articles du code sont issus du droit japonais du commerce datant de 1899 qui est lui-même la

²⁶⁹ Gérard Farjat. *op.cit.* p38-39.

²⁷⁰ Elles sont joint-venture contractuel, joint-venture de la responsabilité, société par action et société anonyme à responsabilité limitée.

copie du Code allemand du commerce, les deux cinquièmes restant trouvent leur origine dans la Company Law d'Angleterre²⁷¹.

Suivant l'expression d'un des rédacteurs du texte du Code, « *puisque c'est la première fois qu'il est légiféré dans le domaine commercial, il est difficile de dire que le Code est sans défaut.* »²⁷² « *Malgré sa simplicité et le désordre structurel, la conception du régime social qui est en effet une démocratisation dans l'entité économique, a une répercussion significative même dans le domaine politique en y introduisant le principe de séparation des pouvoirs.* »²⁷³

La Loi sur les faillites composée de 40 articles a été promulguée en 1906. Celle-ci était simple mais complète. Cependant, elle rencontra une forte opposition de la part des entreprises étrangères à cause de discordes concernant la proportion et l'ordre de liquidation²⁷⁴. Deux ans après son entrée en vigueur, elle fut abolie. Malgré son abolition, la Cour suprême de Qing ('大理院', 'da li yuan') continua à l'appliquer quand même dans ses juridictions sur les affaires de faillite.

Le « Règlement relatif aux principes généraux de la banque » de 1908 fut la première réglementation dans le domaine financier.

A partir de 1908, le gouvernement de Qing demanda à quelques civilistes japonais de l'aider à modifier le Code royal du commerce. Le projet de modification fut achevé en 1909, mais les juristes chinois le rejetèrent estimant que la transplantation directe de la loi japonaise dans le droit chinois ne correspondait pas à la situation de la Chine, et qu'il fallait étudier le code de commerce de différents pays afin de rédiger un projet de code en toute indépendance. Ensuite, une Commission du projet étant créée à Shanghai, le projet du nouveau Code de commerce était achevé en 1910. La dynastie Qing fut renversée par la révolution Xinhai menée par SUN Yat-sen²⁷⁵ avant la promulgation du texte.

2. Période du gouvernement du Parti national (1912-1949)

141. Depuis 1912, le travail législatif du droit des affaires avance sur la base de l'évolution juridique de la fin de la dynastie Qing. Les recherches dans le domaine du

²⁷¹ LAI Yuanhe, *Evolution de la Loi des sociétés de Taiwan*, in « Recherches sur la loi des sociétés dans les deux côtes de Chine » dirigées par JIANG Ping et LAI Yuanhe, Edition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 2003, p.28.

²⁷² Compilation des règles et des lois de Grand Qing, Tome 9. Édition KaoZheng de Taiwan, 1972. p.3021.

²⁷³ LAI Yuanhe, *op.cit.* p.28.

²⁷⁴ WU Chuanyi, *Droit comparé de faillite*, édition de la Maison des affaires commerciales, 1946, p.31.

²⁷⁵ *Supra.* p.38.

droit portèrent des fruits remarquables avec l'achèvement des lois fondamentales et la construction d'un système juridique moderne et complet. A la suite du pouvoir du Parti communiste de Chine en 1949, tous ces fruits juridiques furent apportés à Taiwan avec l'échec militaire et politique du Parti national. Cependant, après 1978, le système juridique de Taiwan s'est rapproché de celui de la Chine continentale, en devenant la référence la plus importante à la réforme juridique de cette dernière.

Quant au droit des affaires, il se perfectionna sans interruption, d'une part, sur la base de la législation précédente, d'autre part, par beaucoup de nouvelles lois qui sont pour la première fois dans l'histoire juridique de la Chine, jusqu'à devenir un système assez moderne et complet.

A titre d'illustration, en 1914 la première partie du Code royal du commerce de Qing, c'est-à-dire les neuf principes généraux du droit de commerce, devinrent une loi du commerce organisée en 7 chapitres, et 73 articles. La plupart des 131 articles sur les règles des sociétés sont refaits. La même année la Loi sur les titres légitime l'existence de l'Association des titres de Shanghai. Au sein de cette association immatriculée et inscrite auprès du Ministère de l'agriculture et du commerce, une petite bourse composée de 12 membres voit le jour. En 1921, le premier marché des marchandises à terme est créé par le Règlement du marché à terme. En 1926, l'Acte des navires composé de 6 chapitres, soit 263 articles, est à l'origine de la Loi maritime des années 1930.

142. À partir de 1928, la législation du droit des affaires prit un élan sans précédent à deux niveaux.

Premièrement, la codification combine le droit civil et le droit des affaires. En effet, la promulgation de la loi suisse d'obligation en 1907 a déjà suscité en Chine un grand débat sur la doctrine de séparation du droit civil et du droit commercial, qui durera une vingtaine d'années. Finalement, le gouvernement du Parti national, décida en 1928 d'adopter le modèle suisse. Il publia depuis 1929 toutes les parties du code civil qui comprend des règles sur les principes généraux de la loi du commerce de 1914²⁷⁶.

Deuxièmement, la publication d'une dizaine des lois vient compléter les lacunes du code civil et commercial. Ces lois, elles ont l'effet de «*lex specialis derogat generali*». Sur la liste de la législation figurent la loi des sociétés (1929), la loi des

titres (1929), la loi d'assurance (1929), la loi sur la banque (1931), la loi maritime (1934), la loi de faillite (1934), etc.

A la veille de la prise de pouvoir par le Parti communiste chinois du vieux continent chinois, le système juridique de la République de Chine a été édifié de manière complète. La Compilation de Six droits en témoigne²⁷⁷.

3. Période des trente premières années du Gouvernement socialiste (1949-1979)

143. La République populaire de Chine va édifier un droit selon l'idéologie utopiste marxiste. La civilisation chinoise vieille de quatre mille ans est jetée aux poubelles de l'histoire. La domination sans partage du Parti et par voie de conséquence du pays et des citoyens par un seul homme plongea durablement la Chine dans un chaos politique et économique dont elle ne sortit que 35 années plus tard. L'idéologie expérimentale conduisit la Chine de campagne de rectification en Révolution culturelle, des Cents Fleurs au Grand Bond en Avant en éliminant les classes bourgeoises de l'ancien régime, les intellectuels, les propriétaires terriens de toutes les catégories, ainsi que tous les traités autorisés, et toutes les lois faites sous l'ancien régime. Tout fut organisé et planifié. Sans transaction commerciale dominée par le jeu du marché, à quoi servent, les règles commerciales ? En effet, le nihilisme depuis lors régnait sur l'ensemble du système juridique de la Chine et encore peut-on trouver sa trace dans le procès de réforme contemporain de la Chine d'aujourd'hui.

B. Apports de l'évolution du droit chinois des affaires

144. «Le droit n'est pas statique ; il évolue en permanence, à des rythmes variés...»²⁷⁸ Cependant, aucun droit étranger n'a été si mouvant que le droit des affaires chinois entre la fin du XIXe siècle et la première moitié du XXe siècle. L'explication tient assurément à l'évolution globale du système juridique dont le droit des affaires constitue une des branches principales et dont le développement est déterminé par l'actualité politique et économique.

Le droit des affaires pendant cette période est profondément marqué par l'instabilité, l'inapplicabilité et la désorganisation liée à la situation.

Dans une société à qui manque l'esprit commerçant, le droit commercial introduit du Japon dans le droit fil du droit allemand, est inadapté à l'actualité chinoise de

²⁷⁶ XIE Zhenmin, *Histoire de la législation de la République de Chine*, édition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 2000, p.823.

²⁷⁷ *Supra*. n° 46.

l'époque. D'ailleurs, le chemin ardu de sa naissance tirée du néant accroît ses symptômes concomitants : instable et inapplicable. Du néant à la formation, le droit chinois des affaires change tout le temps de visage et de caractère : de la simplicité à la complexité, du caractère fragmentaire à l'intégralité. Quant à l'inapplicabilité, la plupart des lois n'ont pas le temps d'entrer en application à cause de la fréquence des alternances politiques. Les régimes sur lequel elle repose s'écroulent l'un après l'autre.

145. Malgré tout, les apports de l'évolution du droit chinois des affaires pendant la période de la révolution de la nouvelle démocratie à la conception du droit moderne des affaires de la Chine sont inestimables. Sa répercussion est immense.

Premièrement, le paysage aride du droit économique chinois s'embellit et s'enrichit. L'interventionnisme de l'Etat dans les affaires commerciales recule devant la hausse de la position sociale de la classe des commerçants ; l'intérêt d'Etat commence à changer à la rencontre de l'intérêt privé, du droit des individus. Au fur et à mesure de la maturité du droit des affaires, le droit économique chinois n'est plus que droit public, mais est composé du droit privé.

Deuxièmement, toutes les doctrines, théories, méthodes, structures, et terminologies du droit occidental des affaires et du commerce sont introduites dans le droit chinois. C'est l'a première étape de la modernisation du système du droit économique de la Chine. Malgré l'occasion ratée d'être appliqué directement dans la Chine continentale, le droit des affaires établi par le gouvernement de la République de Chine porte ses fruits à envier dans l'Ile Taiwan. Et sans aucune surprise, il est devenu pour l'heure la première référence du droit des affaires de la République populaire de Chine. Les droits des affaires dans l'Ile de Taiwan et en Chine continentale sont écrits dans la même langue, et utilisent les mêmes terminologies. Les civilistes enseignent dans les universités et publient leurs opinions doctrinales et leurs pratiques librement de chaque côté du détroit. L'unification du droit des affaires de part et d'autre du détroit est envisageable.

Troisièmement, le droit chinois des affaires pendant cette période joue un rôle éducateur et libérateur. L'esprit du petit agriculteur chinois et l'esprit du commerçant occidental s'entrechoquent provoquant une libération de l'esprit chinois sans précédent. Trente ans après cette évolution, lorsque la réforme économique et la

²⁷⁸ Yves –Marie Laithier, *Droit comparé*, Dalloz, 2009. p. 17.

politique d'ouverture du PCC de 1978 permirent au peuple d'oser penser à s'enrichir, « 90% de la population chinoise sont devenus commerçants. »²⁷⁹ N'est ce pas un spectacle étonnant? Comme le dit l'étranger: «s'il est au monde un peuple commerçant, c'est le peuple chinois.»²⁸⁰ Evidemment, il convient d'être prudent. Il n'est pas dit que l'esprit du droit du commerce avec ses principes de liberté, d'efficacité et de mise en concurrence dans les affaires économiques, soit enraciné dans la population chinoise. Son long chemin de transplantation a été révélé par la conception du système chinois du droit commercial après 1978.

§2. Confection du système du droit commercial chinois après 1978

146. «*La pensée précède l'action, comme l'éclaire, le tonnerre* » (Heine). Il en va de même de la conception du système du droit commercial chinois depuis 1978 où la réforme économique et la politique d'ouverture du Pays ont pour objectif d'établir l'économie de marché à la chinoise. Une grande polémique sur le modèle législatif du droit commercial et sur la distinction entre le droit civil et le droit commercial a duré tout au long de la conception de ce dernier **(I)** jusqu'à ce que ses sources se soient stabilisées et que son domaine ait reçu une délimitation précise **(II)**.

I. Polémique concernant l'édification du système du droit commercial

147. Aujourd'hui plus que jamais ce débat ne saurait être éludé. Il donne lieu à un fructueux approfondissement des analyses sur deux sujets principaux : l'un est la modalité législative du droit du commerce que la Chine devrait adopter **(A)**, l'autre concerne la démarcation du droit chinois contemporain et moderne du commerce **(B)**.

A. Débat sur la modalité législative du droit commercial

148. La modalité législative du droit du commerce n'est pas seulement une question de technique législative. Elle se rapporte à deux questions substantielles: le rapport entre le droit civil et le droit commercial et l'attitude envers la culture traditionnelle chinoise.

1. Rapport entre le droit civil et le droit commercial

149. «*Si nous classons la modalité législative du droit civil et du droit commercial dans le cadre de théorie, nous ne nous référerons qu'au système du droit romano-*

²⁷⁹ *Supra.* n° 59.

²⁸⁰ *Supra.* n° 54. v. Dominique BRAULT et Julienne CHANG, *op.cit.*

germanique contemporain.»²⁸¹ Après 150 ans d'étude et de transposition du système romano-germanique dans le droit chinois, les juristes chinois ont remarqué que l'origine de ces deux branches de droit est la même, le droit privé commun. Celui-ci désigne l'ensemble des règles gouvernant tous les rapports d'ordre privé, c'est-à-dire concrètement, les rapports des particuliers entre eux ou avec les collectivités privées, telles que les sociétés et les associations. Ils remarquent aussi que c'est le droit civil qui constitue l'essentiel des règles et que le droit privé s'identifiait ainsi au droit civil avant son démembrement. Le droit privé s'est désagrégé au cours des siècles, en raison des besoins inhérents à certains rapports sociaux, économiques et politiques, nécessitant des règles spécifiques. Ce démembrement du droit privé s'est manifesté lorsque, sur l'initiative de Colbert, furent codifiées, en 1673 en France, les règles relatives au commerce²⁸².

Malgré la désagrégation du droit privé, le droit commercial devenant une branche de droit spécifique dans le vieux continent européen, le travail législatif se diversifie au cours des derniers siècles. La pratique française et allemande est de codifier séparément les règles civiles et les règles commerciales. Ainsi, dans les pays qui ont adopté cette méthode deux codes, à savoir un code civil et un code commercial, coexistent. En Suisse toutes les règles régissant les rapports d'ordre privé, sont réunies qu'elles soient civiles ou commerciales. Ainsi donc, dans certains pays comme la Suisse, un Code civil comprenant tous les règles civiles et les règles sur les principes généraux du droit commercial coexiste avec les lois spécifiques relatives aux affaires commerciales²⁸³.

150. Quelle modalité législative appliquer, française ou suisse, fit débat parmi les civilistes chinois ? Les tenants de la solution suisse, qui estiment que dans l'état actuel de la Chine, il n'est pas nécessaire de codifier séparément les règles civiles et les règles commerciales, avancent les raisons suivantes :

En premier lieu, la Chine actuelle n'est pas dans les conditions économiques et sociales requises pour aller vers une codification du droit commercial. Tout d'abord, le fait d'avoir un droit civil très développé a conditionné la codification respective du droit civil et du droit commercial, comme le cas français et allemand. Or, le droit

²⁸¹ GAO Zaimin, *Concepts du droit commercial et droit commercial de concepts*, édition Shaanxi People's Publishing House, 2000, p.103.

²⁸² Sur l'histoire du droit commercial ou du droit des affaires, v. ZHANG Guojian, *Etude du droit des affaires*, édition de Taiwan Three democracies publishing House, 1980. et J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, et *Le droit des affaires et l'histoire*, éd.Economica, 1995.

civil chinois n'a pas atteint ce niveau de maturité. En fait, il n'existe pas encore en Chine de droit civil au sens propre du terme. Il n'existe que des rudiments de droit civil à savoir les «Principes généraux du droit civil de la Chine ». L'élaboration du Code civil chinois n'est entreprise qu'en 2004 par une commission de 15 membres composée de magistrats et de professeurs d'universités. Plusieurs versions ont été soumises pour observations. Aujourd'hui, on attend toujours sa promulgation. Or, sans un bon droit civil, il est impossible de distinguer les affaires commerciales des affaires civiles, les critères de distinction n'ayant pas été établis. Donc, la première condition pour codifier le droit commercial en dehors du droit civil n'existe toujours pas en Chine. D'autre part, l'indépendance du droit commercial dépend de l'existence de la classe des commerçants. Mais, dans la société moderne, la démarcation entre commerçants et non commerçants devenant de plus en plus floue et confuse, les activités commerciales se développant de façon extravagante, celles-ci finissent par devenir des activités civiles ordinaires. Ainsi, il devient inutile de codifier séparément le droit civil et le droit commercial, ni de distinguer les deux branches du droit, civil ou commercial.

151. En deuxième lieu, l'origine de ces deux branches de droit est la même, le droit privé commun. Tout comme l'a dit un expert français, ce droit privé commun *«a pour objet la réglementation des rapports ou des droits que les particuliers peuvent exercer dans leurs rapports entre eux et des obligations réciproques pesant sur eux. Il détermine quelles sont les personnes qui peuvent être titulaires de ces droits ou sujets de ces obligations, quels sont les droits privés reconnus à ces personnes et les obligations corrélatives, comment ces personnes acquièrent, transmettent ou perdent leurs droits ou leurs obligations, comment sont sanctionnés ces rapports de droit privé.»*²⁸⁴ Ces deux branches de droit partagent les mêmes valeurs qui se traduisent par le principe de l'égalité des droits entre les hommes, l'égalité de fait et l'égalité économique ; par le principe de la liberté individuelle, *«défendue contre les aliénations de l'individu lui-même, contre la tyrannie des groupement et même de la famille »*²⁸⁵ ; et par le principe de volonté qui signifie que *«le sujet du droit civil et du droit commercial n'est pas un être de chair, passible de faiblesses, en proie à des besoins, écrasé par des forces économiques : mais une volonté toujours forte,*

²⁸³ ZHANG Guojian, *Etude du droit des affaires*, op.cit., 1980. p.50.

²⁸⁴ François Terré, *Introduction générale au droit*, op.cit. p.88

²⁸⁵ Jean Carbonnier, *Droit civil-Introduction*, 26^e éd. refondue, PUF. 1999. pp.130-131.

*éclairée, tendue vers un but, et libre.»*²⁸⁶ D'ailleurs, le principe de l'égalité en droit civil et le principe de l'efficacité en droit commercial convergent dans la société moderne : la satisfaction de cette égalité est basée sur la poursuite et la réalisation de l'efficacité économique, en revanche, la réalisation du principe de l'efficacité est assurée et restreinte par le principe de l'égalité. De plus, dans n'importe quelle modalité législative, l'application de la loi suit la maxime universelle : *lex specialis derogat generali*. Par conséquent, la séparation artificielle de ces deux branches de droit privé à travers la codification respective nuit à l'unité du système du droit privé, et se fait au détriment de l'évolution des théories dans le système du droit privé.

152. En dernier lieu, même dans les pays qui codifient séparément le Code civil et le Code commercial, comme la France et l'Allemagne, une multitude de lois régissant les rapports commerciaux sont promulguées séparément, ce qui a rendu leur Code commercial incohérent et désagrégé, et rendu l'application de ces lois confuse et difficile. De plus, dans ces pays, « *maintes modifications du droit civil sont dues à l'influence du droit commercial, considéré comme plus souple, moins formaliste, plus dynamique, mais aussi -du moins pendant longtemps- comme plus rigoureux.* » Par conséquent, il existe une tendance à réintégrer ces deux branches de droit dans le droit privé. Suivant cette tendance, codifier les règles du commerce en dehors du Code civil n'est pas vraiment nécessaire.²⁸⁷

153. En fin du compte, d'après la plupart de ces civilistes chinois, l'unification du droit civil et du droit commercial par un seul code, le Code civil, ne veut pas dire que le droit commercial doit être intégré entièrement dans le droit civil ou doit être remplacé par le droit civil. Ce sont deux branches différentes du droit en ce qui concerne leur champ d'application, leur procédé d'application. Selon eux, le sens moderne de l'unification du droit commercial et du droit civil est de remanier leurs contenus sur la base de la reconnaissance des particularités de chacun. Un civiliste de grand renom en Chine, Professeur WANG Liming, représentant de ce groupe des

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ Sur la codification unifiée des règles civiles et commerciales, v. HUANG Rongsen, *Séparation et unification du droit commercial et le droit civil, -Réflexion sur la modalité législative du droit commercial de la Chine*, in Revue académique de l'Université normale supérieure de Guangxi, 1999, n°2. -WEI Zhenyin et QIAN Qiangbo, *Economie de marché et esprits du droit civil*, in Science juridique chinoise et étrangère, 1995, n°5. -LIANG Huixing, *Droit civil général*, édition du Droit, 1996, pp.11-12. -ZHANG Jiawen, *Pour codifier le droit civil, nous devons nous en tenir au principe de l'unification du droit civil et du droit commercial*, in Revue académique de l'Institut de cadres de gestion et de politique et juridique de Shanxi, 2001, n°3. -YU Nengbin, *Nouveau choix de la codification du droit civil chinois devant les expériences étrangères*, in Science juridique contemporaine, 2006, n°1.

civilistes chinois conclut que le Code civil chinois ne devrait pas prendre la modalité française, ni la modalité suisse ou italienne, et que ce qui s'intègre dans le futur code civil chinois ne devrait être que le droit commercial général le code civil conservant son aptitude originelle à régir tous les rapports d'ordre privé ; il est applicable à tous, sauf lorsque certains rapports sont régis par des dispositions particulières, par des lois spécifiques²⁸⁸. C'est aussi l'opinion générale des civilistes français à propos de la relation entre le droit civil et le droit commercial²⁸⁹.

154. Ceux qui sont pour la coexistence du code civil et du code commercial en Chine ont aussi leurs raisons :

Premièrement, la réforme économique de la Chine a pour objectif l'établissement d'une économie de marché. Celle-ci a besoin d'être protégée et renforcée particulièrement dans un pays qui n'a pas de tradition dans le domaine du droit commercial, ni l'esprit du commerce. Codifier les règles du commerce facilite cette édification et opère une claire distinction entre activités commerciales et activités civiles, entre d'acte commercial et acte civil. A travers la codification du droit commercial, l'indépendance réelle et l'indépendance formelle du droit commercial s'unissent.

Deuxièmement, la codification des règles du commerce aidera au développement des théories du droit commercial et aidera à propager l'esprit du commerce en implantant l'idéologie de liberté et de démocratie dans la culture chinoise. De plus, une modalité législative appropriée à l'égard du droit commercial détermine la direction du régime économique et politique. En tant que fruit de l'économie marchande simple, le système du droit civil fait preuve d'une valeur morale de déontologie familiale ; tandis que le droit commercial qui est né dans le terreau de l'économie marchande développée cherche plutôt une valeur d'efficience et de profit. Pour établir une économie de marché dans un pays comme la Chine qui est encore pauvre si on compte le revenu de chaque habitant de la population, et qui a été long temps marquée par l'économie de petit cultivateur et l'économie naturelle, la

²⁸⁷ WANG Liming, *Recherches sur les problèmes cruciaux et difficiles dans la codification du droit civil chinois*, édition du Droit, 2006, pp.43-44.

²⁸⁸ François Terré, *Introduction générale au droit*, op.cit.p.88.

²⁸⁹ Sur la séparation du Code civil et du code commercial, -v. HUANG Rongsen, *Séparation et unification du droit commercial et le droit civil, -Réflexion sur la modalité législative du droit commercial de la Chine*, in Revue académique de l'Université normale supérieure de Guangxi, 1999, n°2 ; -LIU Kaixiang, *Recherches sur la nature, le fondement et la caractéristique du droit commercial*, in Science juridique moderne, 1997, n°5 ; - WANG Chunjie, *Recherche sur la modalité législative du droit commercial de la Chine*, in Recherche du droit

codification du droit commercial est un procédé efficace, car elle est issue de l'économie de marché et elle sera une incitation à la transformation totale du vieux système politique en une politique de démocratie, commençant par la démocratisation du marché.²⁹⁰

En définitive, puisque l'économie marchande existe et se développe indépendamment, elle a besoin d'être protégée et promue par un droit propre, c'est le droit commercial qui assume ce rôle. La codification du droit commercial constitue la meilleure façon d'atteindre ce but

2. Attitude envers la culture traditionnelle

155. Le choix de la modalité législative du droit commercial détermine aussi l'attitude générale du milieu scientifique envers la culture traditionnelle de la Chine. Selon quelques juristes chinois²⁹¹, le choix de codifier dans un seul code civil, les règles civiles et commerciales amène à accepter en bloc la culture traditionnelle (y compris ses faiblesses, comme son mépris traditionnel à l'égard du commerce et des commerçants). Au lieu de promouvoir les activités commerciales, cela ne fait qu'entraver le développement de l'économie de marché. Par contre, le choix de codifier le droit commercial en dehors du code civil pourrait pousser à la rénovation de la culture traditionnelle remplie de l'esprit de liberté et de démocratie.

B. Critiques au système actuel du droit commercial

156. Le débat continue jusqu'aujourd'hui. Le système du droit commercial n'arrête pas de s'édifier pour autant. Sur le fond des critiques lui sont adressées, et des réflexions sont portées sur les principes de sa reconstruction.

1. Faiblesses dans le système actuel

157. On reproche au système actuel du droit commercial de la Chine :

1) de ne pas avoir de structure rationnelle. Du point de vue législatif, le droit commercial chinois s'est développé de manière inorganisée et dispersée. Sans

commercial, 1997, n°6 ; -CHEN Xueping, *Connaissance de la nature du droit commercial – droit spécifique du droit civil*, in *Echanges académique*, 2005, n°4.

²⁹⁰ WANG Youjing, *Re-étude de la modalité législative du droit commercial de la Chine*. -WANG Baoshu, *La pratique du droit commercial et le droit commercial de pratique* », in *Recueil du droit des affaires, Tome 3*, édition du Droit. -WANG Chunjie, *Recherche sur la modalité législative du droit commercial de la Chine*, in *Recherche du droit commercial*, 1997, n°6. p.33 ; -XU Xuelu, *Modernisation du droit commercial de la Chine*, in *Science juridique de Shandong*, 1999, n°2, p.39 ; -ZHU Jingwen, *Résumé du colloque intitulé 'Où va la recherche jurisprudentielle'*, in *Recherche du droit commercial*, 2000, p.114.

²⁹¹ GONG Pixiang, *Recherche de la modernisation du système juridique*, édition de l'Université de Nanjing, 1995, p.335, et *Logique théorique de la modernisation du système juridique*, édition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 1999, pp.338-339.

codification, ni principe général du droit commercial, toutes sortes de lois spécifiques ont été adoptées comme palliatif, pour résoudre des problèmes urgents dans le domaine du commerce et se combinent de manière désordonnée. Ce désordre se traduit par plusieurs faits observables : le chevauchement de législation, le conflit des dispositions, des lacunes dans les règles et leur inapplicabilité.

2) de ne pas savoir prévoir l'évolution du marché et des activités sur le marché. L'empirisme l'emporte sur le positivisme au niveau de la législation. Le législateur suit trop servilement les règles du passé et la législation manque d'anticipation. De plus, il prend une attitude de récusation vis-à-vis des problèmes cruciaux et sensibles.

3) d'être souvent imprécis sur le plan des notions, du champ d'application et des compétences dévolues aux autorités. A titre d'exemple, dans la Loi des sociétés de 2006, et dans la Loi antimonopole, on voit souvent le terme « autorité responsable » ou « autorité compétente » (“主管机关”, ‘zhuguan jiguan’), « organisme mandaté par le Conseil des Affaires d'Etat » (“国务院授权部门”, ‘guowuyuan shouquqn bumen’), mais personne ne sait qui sont ces autorités jusqu'à ce qu'elles soient précisées par l'interprétation administrative ou judiciaire. De même il existe trop de termes comme « circonstance grave » (“情节严重”, ‘qingjie yanzhong’), « relativement grand » (“较大”, ‘jiaoda’), « relativement peu » (“较小”, ‘jiaoxiao’) ou « relativement beaucoup » (“较多”, ‘jiaoduo’). Un autre exemple est la Loi des titres dans laquelle les conditions pour émettre des actions ou la nature juridique de boursier ne sont pas claires. De plus, beaucoup de dispositions sont des disposition en blanc (“空白条款”, ‘kongbai tiaokuan’), c'est-à-dire des dispositions qui confèrent la compétence au CAE pour qu'il complète la loi le cas échéant. Par exemple, dans la Loi des sociétés, ce genre de dispositions apparaît 16 fois. Cela rend instable la loi et empêche la systématisation du droit commercial²⁹².

2. Réflexion sur les principes de reconstruction

158. Les juristes chinois réfléchissent sur des principes de reconstruction du système du droit de commerce chinois.

1) Principe de spécificité. Ils estiment que quelle que soit la modalité législative du droit commercial retenue, avec ou sans codification, ce qui importe est de

²⁹²WANG Jiewen, *La position et les lacunes de la Loi des sociétés dans la restructuration des entreprises étatiques*, in *Commentaire juridique de l'Université Nanjing*, 1999, vol. automne.

reconnaître le caractère spécifique du droit commercial. La spécificité de celui-ci assure son indépendance en tant que branche du droit privé. Cela favorisera le commerce, ainsi que le développement du droit civil et commercial. Même si le droit civil se modifie pour s'adapter à la commercialisation du monde moderne, et que la démarcation entre droit civil et droit commercial devienne un peu vague et floue, cela ne veut pas dire que la spécificité du droit commercial n'existe plus, mais au contraire, elle n'a jamais été aussi distincte et remarquable qu'aujourd'hui²⁹³.

2) Principe de systématisation. Ce principe exige une conception d'ordre en fonction des effets du droit, c'est-à-dire une structure de pyramide. A la base se trouve la loi essentielle qui pose l'objectif et les principes de la législation du droit commercial pour orienter la législation de toutes les lois ou réglementations relatives aux affaires commerciales. Celles-ci sont les lois dérivées promulguées séparément pour régir les activités commerciales différentes. Ainsi, à l'heure actuelle, la tâche la plus importante et urgente est d'élaborer les Principes généraux du droit commercial et de remanier l'ensemble des lois déjà promulguées, les règlements administratifs adoptés dans le domaine du commerce afin que la structure du système du droit commercial soit rationnelle et logique.

3) Principe de coordination. La multiplication des lois commerciales exige qu'elles soient ordonnées afin de résoudre les problèmes de conflit, de chevauchements et les lacunes. Le principe de coordination impose des exigences d'un haut niveau des techniques législatives au législateur chinois et constitue un sujet de recherche scientifique d'importance pour les juristes chinois.

II. Processus pour établir le système du droit commercial et les sources du droit commercial chinois

159. Pour désordonné ou inorganisé que soit le droit commercial chinois, celui-ci se développe de manière sui generis en formant un corps assez complet et contribue de manière considérable à l'établissement de l'économie de marché en Chine après 30 ans de réforme économique (1979-2010). Nous nous sommes permis de suivre les traces de son développement dans le temps (A) et de connaître ses composantes en doctrine juridique (B).

A. Aperçu chronologique

²⁹³ZHANG Guojian, *Etude du droit des affaires*, Taiwan Three democracies publishing House, 1978. p.2.

160. La fin des années 1970 marque une nouvelle ère pour la République populaire de Chine. La législation de son droit commercial débute à l'an 1979 par la promulgation de la Loi des entreprises à capitaux mixtes sino-étrangers pour répondre à l'appel de la réforme économique. L'ancien régime planifié n'étant pas un bon terreau pour l'économie marchande, la Chine devait utiliser la force extérieure pour catalyser sa naissance. D'autres lois encourageant l'investissement étrangers ont été promulguées successivement au cours des années suivantes : ce sont la Loi concernant les entreprises à capitaux étrangers de 1986 et la Loi concernant les joint-ventures contractuels sino-étrangers de 1988. En même temps, pour appliquer ces lois sur l'investissement étranger, le CAE publiait pour sa part les règlements et des lignes directrices d'application de ces lois des entreprises à capitaux mixtes.

À vrai dire, pendant la première période de réforme de l'économie, les entreprises à capitaux étrangers jouaient un rôle inestimable en trois aspects: l'introduction des capitaux étrangers, le développement des forces productives et l'élévation du marché de marchandises. Lors de la confection de la loi des entreprises, quelques propositions qui voulaient abroger ces trois lois et les incorporer dans la loi des entreprises ne furent pas acceptées car elles avaient été reconnues et acceptées de manière générale par les investisseurs étrangers. Ainsi, à travers plusieurs modifications²⁹⁴ ces trois lois restent encore vivantes en tant que lois spécifiques du droit commercial.

En avril 1986, furent promulgués les Principes généraux du Droit civil. Le chapitre intitulé « Personne morale » distingue les personnes morales de différentes natures, et statue particulièrement sur le fait que la gestion en commun est permise entre les entreprises à responsabilité, entre les joint-ventures contractuels et entre les deux. Même si les Principes généraux n'ont pas distingué le sujet commercial du sujet civil, ils offrent, une base à la législation des lois spécifiques du droit commercial.

La Loi des faillites (à titre d'essai) est entrée en vigueur le 1 novembre 1988, trois mois après l'entrée en vigueur de la Loi concernant les entreprises industrielles de la propriété socialiste du peuple entier. A cause du fait que l'économie de marché n'était pas encore établie, la Loi des faillites manque de la procédure complète, la protection des créanciers et le régime de surveillance. De plus, elle n'est applicable

qu'aux entreprises étatiques. Car, au fond, sa finalité n'est pas de protéger les créanciers, mais de promouvoir la réforme du régime économique, en particulier la réforme du régime des entreprises étatiques.²⁹⁵

Quant à d'autres entreprises non étatiques, leurs faillites étaient régies par les dispositions du chapitre 19 intitulé « Procédure de la liquidation des entreprises » de la Loi de la procédure civile de 1991. Pour combler les lacunes de la législation et afin de trancher les affaires sur la faillite des entreprises, la Cour suprême populaire a publié en 1991 et en 2002 deux interprétations judiciaires. En août 2006, la Loi des faillites a salué sa refonte en cherchant à protéger les les créanciers et en fixant les règles de liquidation (ordre de priorité des créanciers), de redressement, de restructuration des entreprises et organisant, pour les filiales chinoises des entreprises étrangères, le désinvestissement par la voie judiciaire. Cette nouvelle loi s'applique aux entreprises publiques ou privées, à capitaux étrangers ainsi qu'aux banques et aux établissements financiers.

En effet, le développement du droit commercial dépend de l'établissement de l'économie de marché et du marché de marchandises. Les années 1980 étaient une période de couvain pour le marché chinois avant qu'il soit un véritable marché de marchandises et un marché capitaliste. Par conséquent, c'est à partir des années 1990 où la politique instituant une économie de marché commençait à être fixée, que le droit commercial entre dans la période de sa pleine croissance.

Le 29 décembre 1993, a vu le jour la Loi des sociétés qui créait deux formes sociales : la société à responsabilité limitée et la société par actions, fixait les capitaux minima requis pour créer une société en fonction du secteur d'activité. Ensuite, pour combler les lacunes sur la forme des sociétés en nom collectif et celle des sociétés en commandite, en 1997, la Loi des entreprises en partenariat et en 1999, la Loi des entreprises unipersonnelles ont été promulguées. Malgré ses 230 articles, la Loi des sociétés de 1993 possédait inévitablement des défauts : trop de dispositions sur les principes généraux, des dispositions imprécises ('空白条款', 'kongbai tiaokuan'), et peu d'applicabilité, etc. 13 ans après son entrée en vigueur, elle a été modifiée en profondeur le 27 octobre 2005 et est entrée en vigueur depuis le 1^{er}

²⁹⁴ La Loi de 1979 a subi deux fois de modification respectivement en 1990 et 2001, la Loi de 1986 un fois de modification en 2000, tandis que la Loi de 1988 rencontre une fois de modification en 2000.

²⁹⁵ LI Yongjun, *Régime du droit des faillites*, édition du Régime juridique de Chine, 2000, 1^e éd. pp.22-24.

janvier 2006 libéralisant et modernisant le droit chinois des affaires²⁹⁶. Cependant, la loi de 2005 n'est pas applicable aux entreprises à investissements étrangers qui restent soumises à leur propre réglementation (les trois lois susmentionnées sur les entreprises à capitaux étrangers) en attendant une uniformisation future.

Quant aux sujets spécifiques de commerce, tels que la banque commerciale, la compagnie d'assurance et la société des titres, ils sont soumis à la fois aux règles générales de la Loi des sociétés de 2005 et à aux lois qui leurs sont spécifiques et qui disposent généralement de conditions plus rigoureuses sur la qualification du sujet du commerce qui se traduisent principalement par le capital minimum d'entrer sur le marché concerné.

La Loi sur la banque commerciale et la Loi sur l'assurance ont été adoptées la même année, en 1995, et la Loi des titres en 1998. Le problème dans la réforme du système financier réside principalement dans la transition de banque étatique en banque commerciale. Quant au marché boursier, le conflit aigu des intérêts entre les actions étatiques et les actions des publics est très difficile à régler. Toutes deux attendent leurs modifications.

En 1999, la loi la plus importante et essentielle sur l'acte commercial, à savoir la Loi du contrat a vu le jour. Cette loi est une manifestation de l'attitude de l'Etat chinois envers la mondialisation du commerce et du droit. La plupart de ses dispositions correspondent à celles de la Convention on Contracts for the International Sale of Goods de l'ONU de 1980. La loi de 1999 contient tous les éléments traditionnellement liés à la force obligatoire des contrats. Le projet de code civil entend l'inclure comme une de ses parties. Mais ce projet rencontre la violente opposition des juristes en droit commercial.

La Loi de droit maritime en 1992 adopte les règles uniformes de la communauté internationale dans le domaine du transport maritime. La plupart de ses dispositions sont issues de la Convention de la Haye, quelques unes sont venues de la Convention de Hambourg, comme c'est le cas de la limite maximum de la responsabilité²⁹⁷.

En août 2007, a été adoptée la Loi de la concurrence qui est entrée en vigueur le 1^{er} août 2008. C'est un événement historique qui signifie que dorénavant, le système

²⁹⁶ *Infra*, le Titre I de la deuxième partie 'La Politique d'encouragement de la concentration'.

²⁹⁷ YE Weiyang, *Mémoire sur le travail législatif de la Loi maritime de la Chine*, in Commerce étranger de la Chine. 2002, n°5.

économique de la Chine est une véritable économie de marché, malgré sa jeunesse et son particularisme.

161. Evidemment, pendant cette trentaine d'années, il y a encore beaucoup d'autres lois commerciales spécifiques qui ont été promulguées. Nous avons déjà énuméré la plupart d'entre elles dans la section précédente²⁹⁸.

Or, la modernisation du droit commercial chinois est non seulement un processus conduisant à l'établissement de l'économie de marché, mais encore un chemin d'étude des expériences des pays occidentaux développés. Puisque chaque période est accablée par le souci clé de son temps, l'étude des expériences d'autrui a pour objectif de régler ces soucis. Dans la nouvelle période, le droit commercial confie son sort à la réforme du régime politique qui dispose en effet du destin et de l'avenir de l'Etat chinois et de son peuple de 1.3 milliard d'habitant. L'étude des expériences étrangères se déploie sur multiples niveaux : le régime politique et économique, les résultats des réformes (réussite et échec), les types de pays (développés et en développement). La réforme du régime politique a encore un long chemin à parcourir, de même que pour la modernisation du droit commercial chinois.

B. Les sources

162. La métaphore de l'expression « source du droit » renvoie à l'existence de points d'émergence de la règle juridique qui révéleraient en même temps ce qui fonde le caractère obligatoire de celle-ci.²⁹⁹ Ainsi, le terme de « sources du droit » désigne tout ce qui contribue ou a contribué à créer l'ensemble des règles juridiques applicables dans un Etat à moment donné.

Le droit chinois est un système de droit écrit. Il est fondé sur la référence systématique à l'écrit (sources directes), d'où le rôle primordial de la loi. Cependant, il utilise également des sources dérivés (ou indirectes).

1. Les sources directes

163. Les sources directes du droit commercial sont les mêmes qu'en droit civil en Chine : à savoir la Constitution, les conventions internationales, les lois, les décrets, et les interprétations judiciaires.

1) La Constitution.

²⁹⁸ *Supra*.n°117 et s.

²⁹⁹ François Terré, *op.cit.* p.188

- 2) Les conventions internationales. «*Le commerce international a pris un essor considérable à la fin du XIXe siècle et surtout au XXe siècle, et il occupe à l'heure actuelle une place croissante dans l'économie de chaque pays*»³⁰⁰. Pour pouvoir s'intégrer vite dans la communauté internationale du commerce, la Chine a signé une multitude de conventions internationales dans le domaine du commerce international. A partir du moment où les conventions internationales sont ratifiées par l'Assemblée populaire de la Chine, elles font partie du droit positif chinois.
- 3) La loi. La loi au sens strict du terme, c'est-à-dire la loi promulguée par l'Assemblée populaire de la Chine et par son Comité permanent a été la source essentielle du droit commercial. Mais en même temps, elle partage sa compétence avec le règlement administratif. Parce qu'elle a besoin d'être complétée et d'être appliquée.
- 4) Le règlement administratif. Le Gouvernement chinois possède le pouvoir d'assurer l'exécution des lois et de publier les décrets qui en fixent les modalités d'application. Il peut être habilité à prendre par ordonnances, circulaires, ou sous d'autres formes des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. A côté des décrets proprement dits, c'est-à-dire les décrets publiés par le Conseil des Affaires d'Etat, il faut mentionner parmi les sources du droit commercial bien d'autres règlements administratifs : les arrêtés ministériels, les règlements provinciaux, les arrêtés municipaux, etc.

Enfin, c'est le droit civil. En l'absence de loi, de coutume ou d'usage propre à la matière, ce sont donc les règles du droit civil qui ont vocation à s'appliquer. Plusieurs dispositions des Principes généraux du droit civil en font foi.

2. Les sources indirectes

164. Les sources indirectes comprennent les usages et les coutumes commerciaux, règlements autonomes, la jurisprudence et les doctrines ou théories des juristes en la matière.

- 1) Les usages et coutumes commerciaux. Ils désignent des pratiques commerciales couramment suivies et considérées comme normales dans un milieu déterminé. Ils naissent de la répétition fréquente des mêmes actes

³⁰⁰ Michel Pédamon, *Droit commercial : Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, op.cit. p.11.

juridiques, des mêmes opérations. En Chine, les usages et coutumes sont présumés non contradictoires à la Constitution, ni à la loi. Cependant, ils ne possèdent l'autorité qu'au moment où ils sont reconnus par l'Etat, c'est-à-dire par le Conseil des Affaires d'Etat ou l'Assemblée populaire de Chinois ou cités par l'institution judiciaire, comme la Cour suprême populaire.

2) Les règlements autonomes.

- les statuts de société. Ils sont les règles constitutionnelles pour une entité économique. Dès le moment où la société fait enregistrer à l'autorité compétente, les statuts ont l'effet de contrainte pour tous les fondateurs de la société et leurs partenaires. C'est une force juridique autonome.
- les mesures réglementaires d'organisme privé. Elles peuvent émaner d'organismes privés, en particulier d'organismes professionnels. Ainsi les Conseils des Bourses à Shanghai et à Shenzhen élaborent un règlement général qui définit les principes généraux d'organisation et de fonctionnement des marchés réglementés d'instruments financiers ; ces règlements sont homologués par le CAE après avis de la Commission de supervision et d'administration des titres.
- les conventions professionnelles. Chaque secteur économique a ses règles professionnelles en raison du particularisme du secteur. Ces règles et les statuts d'association font part des sources indirectes, car ils ont la compétence du pouvoir exécutif.

3) Les jurisprudences. En Chine, la jurisprudence se traduit souvent par l'interprétation judiciaire de la Cour suprême populaire.

Il faut faire place à une foule de doctrines et de théories de juristes du droit commercial. Mais leur compétence est assez limitée.

Chapitre 2 L'organisation du marché chinois

165. La définition économique du marché se donne toujours autour de l'équilibre entre la quantité d'offres et celle de demandes, autour de l'efficacité de l'économie en ce domaine.³⁰¹ Le marché est aussi le lieu de valorisation du capital ou d'accumulation du capital, puisque toutes les marchandises deviennent du capital dès lors qu'elles sont sur le marché. Fondamentalement, l'espace du marché est national, il est défini par l'espace géographique et politique (**Section 1 Dimension du marché chinois**).

D'ailleurs, selon la théorie néo-classique, le marché est un lieu de socialisation de l'individu qui y exprime ses préférences par sa demande de consommateur. Il vient sur le marché avec sa contrainte budgétaire –son revenu représente ainsi non seulement sa capacité à acheter des biens et des services, mais la première façon d'être reconnu socialement. Ce lieu est ouvert à un large éventail d'individus, personnes physiques, personnes morales, consommateurs, professionnels et Etat. Le statut de l'Etat sur le marché est particulier, car c'est lui qui assure l'accès libre des autres individus au marché avec ses attributs comme la justice et la police, tout en facilitant les transactions par le principe de transparence de l'information sur les activités économiques, et préservant la concurrence effective pour garder la vitalité du marché (**Section 2 Transparence du marché chinois**).

Section 1 La dimension du marché chinois

166. Le concept de marché initialement purement économique a été totalement assimilé par le droit, puisqu'il constitue la pierre angulaire du droit du marché, particulièrement le droit à la concurrence. Il n'existe pas un marché, mais de très nombreux marchés aussi distincts les uns des autres juridiquement qu'économiquement³⁰². Dans toutes les théories économiques, que ce soit classique, néo-classique ou moderne, l'espace du marché est fondamentalement national. Le développement de l'économie d'un Etat sur son marché national dépend de la politique économique qu'il a adoptée, suivant des caractéristiques géographiques,

³⁰¹ Selon l'économie politique classique représentée par Adam Smith et David Ricardo, le marché est le lieu de l'échange où se forment les valeurs d'échange des marchandises et où se rencontre l'offre et la demande de produits, de biens, de services déterminés.

³⁰² Claude Lucas de Leyssac, Gilbert Parleani, *Droit du marché*, Presse universitaires de France (PUF), 2002, p.170.

des disparités régionales au sein de son territoire, des différents secteurs économiques concernés par le marché, et du droit. Pour comprendre les différentes politiques économiques adoptées par la Chine pour établir une économie de marché à la fois moderne et socialiste, il est nécessaire de jeter un regard rétrospectif sur lesdites politiques du marché sous l'angle de l'économie géographique (§1) et de l'économie sectorielle (§2).

§1. Zones géographiques

167. La Chine compte 1 milliard 314 millions d'habitants, un quart de la population mondiale, sur un territoire de 9,6 millions de kilomètres carrés. Le climat diversifié et le relief complexe limitent la surface agricole et expliquent la répartition très inégale de la population sur le territoire.

Le territoire chinois est divisé en 22 provinces, 5 régions provinciales autonomes, 4 municipalités relevant directement du Gouvernement central (Shanghai, Tianjin, Beijing/Pékin, Chongqing), 2 régions administratives spéciales (RAS)³⁰³ et Taiwan. Neuf provinces comptent plus de 50 millions d'habitants et quatre plus de 80 millions (Henan, Shandong, Sichuan, Guangdong). Près de 80% de la population vit sur moins de la moitié du territoire. Les douze provinces orientales concentrent 42% de la population sur 14% du territoire ; les dix provinces centrales regroupent 35% de la population sur 30% du territoire et la partie occidentale 23% de la population sur 57% du territoire³⁰⁴.

Sur le plan géographique, le marché continental plus les régions administratives spéciales représentent la totalité du marché chinois. Puisque l'économie de marché des RAS a été bien établie par la colonisation des Anglais et des Portugais, le Gouvernement central n'a mis en œuvre une stratégie de développement régional que sur le marché continental. Cette stratégie distingue trois grandes zones géographiques sur le continent: le sud-est côtier et intérieur (**I**), le Nord-est (**II**) et l'Ouest (**III**) du pays. Chacun de ces grandes zones est hétérogène et la politique économique de la Chine était basée sur l'idée que le développement doit se propager d'est en ouest, avec des effets escomptés d'entraînement et de complémentarités entre les zones côtières et intérieure, la zone d'Est plus industrialisée et la zone Ouest. Pour pouvoir bien saisir les caractéristiques de la politique du marché

³⁰³ Ces deux régions administrations spéciales sont Hongkong et Macao avec la rétrocession de Hongkong par le Royaume-Uni en 1997 et celle de Macao par le Portugal en 1999.

chinois, il est nécessaire d'examiner respectivement la politique économique appliquée dans chacun de ces trois grandes espaces.

I. La Zone sud-est côtière et intérieure

A. Etendue de la zone

168. Comprenant la façade maritime (Shandong, Jiangsu, Zhejiang, Fujian, Guangdong, l'île de Hainan) et la région intérieure (Hebei, Shanxi, Henan, Anhui, Hubei, Hunan, Jiangxi), la zone du sud-est regroupe en tous treize provinces et trois municipalités de rang provincial (Pékin, Shanghai, Tianjin). Elle a un rôle majeur dans l'activité économique du pays. Elle est ainsi la plus industrialisée, fournissant les 2/3 de la production du pays dans le domaine de l'industrie légère. Les provinces du sud de la façade maritime ont bénéficié beaucoup de dérogations politiques. Grâce à la politique d'ouverture économique, la ville Shenzhen de la province de Guangdong est devenue un symbole de la 'nouvelle Chine capitaliste' depuis 1980. Ensuite, les grandes métropoles côtières (Shanghai, Beijing, Tianjin) sont autorisées à entrer à partir de 1990 dans la libéralisation économique. Enfin, toute la zone «ouverte» a également pris son essor grâce à la relance des réformes.

B. Les politiques dédiées au développement de la zone

169. C'est à la politique spécifique et favorable du Gouvernement que cette zone doit son essor économique. Trois étapes ont contribué à établir la position dominante actuelle de cette zone : d'abord la politique de «la porte ouverte» du début des années 1980, politique dominée par la conviction que le développement économique se diffuserait progressivement vers les régions intérieures, ensuite il y eut la création des 'Zones économiques spéciales' et l'ouverture de 14 villes côtières en 1984, et enfin, le sixième et le septième plan quinquennal (1983-1991) ont conduit à faire des provinces côtières le moteur de la croissance chinoise, au détriment de l'équilibre du territoire.

1. La politique de «la porte ouverte» en faveur de la zone est côtière depuis 1978

170. A la fin des années 1970, la Chine vient de sortir de l'ombre de dix années tumultueuses de la Grande Révolution culturelle, accompagnée de la troisième apparition sur la scène politique de DENG Xiaoping qui poursuivait l'initiative de MAO Zedong sur les «Quatre Modernisations sociales» (agricole, industrielle,

³⁰⁴ François Lemoine, La nouvelle économie chinoise, éditions La Découverte, 1994. pp.39-52

technologique et de défense)³⁰⁵. Prenant conscience de l'importance de l'institutionnalisation et de la législation dans la protection de la démocratie populaire, à la veille du déclenchement de la réforme, dans un discours DENG Xiaoping soulignait que *« pour protéger la démocratie populaire, il faut renforcer la législation. L'institutionnalisation et la législation sont la sauvegarde de la démocratie populaire qui, autrefois était changeante selon la succession des leaders du Parti et selon l'avis et opinion des leaders du Parti... C'est le droit qui règlera les rapports entre l'Etat, les entreprises, et les individus, ce sera aussi le droit qui tranchera et règlera les différents conflits dans divers rapports. Considérant l'énormité du travail de la législation, il est aussi acceptable que des essais locaux de législation soient mis au point au niveau provincial, ou régional. Avec le mûrissement d'une législation locale, la législation nationale sera plus praticable. Compléter et modifier la loi selon les circonstances est nécessaire, car l'actualité nationale et mondiale ne nous permet pas d'attendre un équipement législatif complet. Mais en tout cas, une loi, même si elle est incomplète, vaut mieux que rien. »*³⁰⁶ Cela est l'origine de la théorie de « Traverser la rivière en marchant à tâtons sur les pierres » qui différencie la réforme chinoise et celle de l'ex-Union soviétique et des pays de l'Europe d'est.

Dans le même esprit, sur la politique économique, il *« trouve qu'il faut laisser s'enrichir une partie des régions, des entreprises, de la population (ouvriers et paysans). Ce sera une force d'exemple qui pourrait inciter les régions, les entreprises et les peuples voisins à travailler comme les parties pionnières. Cela rendra possible de développer sans cesse, comme les vagues de la mer l'économie nationale du Pays et les peuples de toutes ethnies verront bientôt l'élévation de leur niveau de vie. Quant aux régions nord-ouest, sud-ouest et ailleurs, considérant leur pauvreté, l'Etat va accorder toutes sortes d'aide, particulièrement aide matérielle. »*³⁰⁷ Ce discours marquait, de manière anticipée, les fondements de la réforme économique de l'Etat et de la politique préférentielle à la région sud-est côtière.

³⁰⁵ Ouvrages choisies de MAO Zedong, Tome 8, page 162 : l'Entretien avec le premier ministre de Népal le 18 mars 1960, 'l'axe de la politique chinoise se tourne vers le développement économique qui pourra faire de la Chine un pays moderne dans l'agriculture, l'industrie, la technologie et la défense.'

³⁰⁶ Le discours de DENG Xiaoping dans la fermeture de la conférence de travail du Gouvernement central du 13 décembre 1978. (Libérant la pensée, ayant l'esprit réaliste et pratique, solidarisons-nous pour faire progresser le Pays « 解放思想，实事求是，团结一致向前看 »).

³⁰⁷ *Ibid.*

Avec la 3^e session plénière du Comité central issu du 11^e Congrès du Parti Communiste de Chine le 22 décembre 1978 débute officiellement la politique de «la porte ouverte ». Ainsi, le Journal Officiel de cette session a fixé les orientations politiques de l'Etat dans sa première partie :

«...la Session a conduit au consentement unanime qu'il est temps de mettre fin catégoriquement au mouvement de masse sur la lutte idéologique, de centrer l'activité du Parti et de la population sur la modernisation socialiste. Cela rendra possible la réalisation des plans de trois ans, de huit ans et de vingt-trois ans de l'économie nationale et la réalisation de Quatre Modernisations agricole, industrielle, technologique et de défense. La réalisation de Quatre Modernisations aura une grande portée tant pour la paix mondiale et que pour la cause progressiste du monde entier... Elle sera en effet une révolution profonde, pénétrante qui demandera de réformer, de transformer les méthodes inadaptées à la réalité sur le plan de la gestion, l'activité et la pensée.»

La deuxième partie de Journal Officiel de la session précise pour but de concrétiser l'orientation économique de l'Etat, en confirmant qu' *«actuellement, nous devons, en nous adaptant aux circonstances mondiales, en nous appuyant sur nos expériences pratiques, prendre de nouvelles mesures importantes pour l'économie, mettre en application des réformes du système de gestion économique, coopérer avec tous les pays de la planète sur la base du principe d'égalité et avantages réciproques, déployer tous nos efforts pour employer des techniques et des équipements d'avant-garde mondial, et renforcer le travail d'éducation scientifique nécessaire à la modernisation du Pays.»* Cette orientation s'est avérée justifiée totalement au vu des innombrables exploits réalisés à ce jour.

2. La création des 'Zones économiques spéciales' (ZES) de 1979 à 1984

171. Les premières quatre zones économiques spéciales créées en 1979 sur la base du discours de DENG Xiaoping de 1978, sont Shenzhen, Zhuhai, Shantou dans la province Guangdong, et Xiamen de la province Fujian. Cette idée de créer des zones pilotes, des zones laboratoires de la réforme est parvenue à DENG Xiaoping lors de sa première inspection dans la province Guangdong en 1977. A cette époque, Shenzhen, ville contiguë à HongKong, était encore un petit bourg de pêcheurs avec seulement 30 000 habitants. On note qu'à cette époque l'écart de revenu entre les

deux villages de Luofang (l'un situé à Shenzhen, l'autre à HongKong) était de 100³⁰⁸. De là, beaucoup d'habitants du village de Luofang côté Shenzhen étaient tentés par l'immigration, malgré l'illégalité et les sanctions en cas d'arrestation, et la troupe de défense des frontières de Shenzhen avait grande difficulté à empêcher ce phénomène³⁰⁹. Le gouvernement local de Guangdong rendit compte de la difficulté qu'il avait rencontrée sur la frontière de Shenzhen au Gouvernement central pour lui demander de l'aide. La réponse de DENG Xiaoping à ce problème pendant l'inspection était que « c'est notre politique qui est tombée en panne ». En même temps, il exhortait les cadres du gouvernement local à oser faire de Shenzhen un port franc.

Fortement encouragé par le discours de DENG, le Comité provincial de Guangdong rédigeait le projet de zones de libre échange qui seront baptisées plus tard par DENG comme les « zones économiques spéciales ». Le 6 juin 1979, « Le Projet Les éléments de réflexion du projet pour créer les ZES à Shenzhen, Zhuhai, Shantou et Xiamen » a été rédigé et modifié 13 fois par le Comité provincial de Guangdong et Fujian, puis a été soumis à l'approbation du Gouvernement central. Le 15 juillet 1979, le Comité central du Parti et le CAE ont entériné conjointement le projet de Guangdong et de Fujian en accordant à Shenzhen, Zhuhai, Shantou et Xiamen le statut de ZES dans le célèbre « Document numéro 50 » (50号文件). Ledit projet appelé « Règlement des Zones Economiques Spéciales » est adopté enfin en 1980³¹⁰. Quelques jours après la publication officielle du Règlement, on a constaté une nette diminution de l'immigration clandestine vers HongKong. « *Le rideau de fer est finalement ouvert, l'heure de la transformation totale de la Chine a sonné.* »³¹¹

De janvier à février 1984, une deuxième inspection à Shenzhen, Zhuhai et Xiamen conduit DENG Xiaoping, qui était impressionné par les performances des premières quatre zones économiques spéciales, décide d'aller plus loin dans la réforme de la politique économique en ouvrant la porte de toutes les villes côtières aux investissements étrangers. Du 26 mars au 6 avril 1984, une étape de la nouvelle

³⁰⁸ Le revenu annuel par personne de Luofang de Shenzhen était 132 yuans, par contre, celui de Luofang de Hongkong était 13000 yuans.

³⁰⁹ L'événement du 20 juin 1978 est marqué par une évasion en masse de 400 milles de Shenzhen à Hongkong. Voir, CHEN Hong, *Observation civile des décisions et des événements importants de Shenzhen de 1979 à 2000.* (《1979 - 2000深圳重大决策和事件民间观察》), édition de Changjiang Wenyi, 2006.

³¹⁰ Par la 15^e session de 5^e Assemblée populaire nationale présidée par le président du Comité du Parti -YE Jianying le 26 août 1980. Depuis alors, le 26 août est devenu le jour commémoratif des zones économiques spéciales de Chine.

réforme est franchie. Après un entretien avec les dirigeants des villes côtières est le Secrétariat du Parti et le CAE décident d'ouvrir du nord au sud 14 villes côtières³¹². Le Résumé de l'Entretien souligne que *«dans la nouvelle période historique du Pays, mettre en œuvre la politique d'ouvrir la porte économique au monde est une chose faite étape par étape, c'est ainsi que l'économie nationale se développe progressivement. A cet égard, les villes côtières ont des avantages sur le plan géographique, l'infrastructure économique, la gestion, le niveau technique et le capital, et qu'il est nécessaire pour elles de prendre une certaine avance dans la marche pour le développement économique. Le meilleur soutien du Gouvernement central est de leur accorder la politique préférentielle, par exemple, la politique de traitement préférentiel aux investissements étrangers, d'une part, et d'autre part, un élargissement de leur autonomie administrative et économique pour qu'elles aient la vigueur et la vitalité dans leurs échanges économiques avec les étrangers.»*³¹³ A partir de là, la porte de sud-est de la Chine a été entièrement ouverte. Les politiques postérieures jouent en effet un rôle de renforcement et d'élargissement de cette politique essentielle. Les sixième et septième plans quinquennaux de 1983 à 1991 en fournissent une bonne illustration.

3. Les sixième et septième plans quinquennaux de 1983 à 1991

172. 6^e plan quinquenal. Dans le chapitre II, 2^e partie, il confirme l'établissement des quatre premières unités pilotes des zones économiques spéciales. La 3^{ème} partie intitulée «Projet du développement économique régional» donne la primauté au développement de la région côtière qui sera l'avant-garde et qui va impulser progressivement le développement de la région intérieure. Ce projet impose également l'obligation aux régions intérieures et de l'Ouest de soutenir le développement économique de la région côtière par ses ressources naturelles et par son industrie des matières premières. Dans la coopération régionale, le rôle de chaque région est semblable à celui de pions sur l'échiquier contrôlés par le Gouvernement central ('全国一盘棋', 'quanguo yipanqi')³¹⁴.

³¹¹ The New York Times, International National Metropolitan, le 26 août 1980, Page B1.

³¹² Elles sont: Dalian, Qinhuangdao, Tianjin, Yantai, Qingdao, Lianyungang, Nantong, Shanghai, Ningbo, Wenzhou, Fuzhou, Guangzhou, Zhanjiang, et Beihai.

³¹³ Le résumé des entretiens avec les dirigeants des villes côtières du 4 mai 1984.

³¹⁴ « Le sixième projet quinquennaire relatif au développement social et économique national de la République Populaire de Chine » entériné par l'Assemblée populaire nationale au travers sa cinquième session le 10 décembre 1982.

7^e plan quinquenal. Avec la troisième partie du projet du 7^e plan quinquennal de 1985-1990, la coopération des régions et la politique du développement de l'économie régionale sont axés sur l'accélération du développement des zones est-côtières s'appuyant sur l'exploitation de l'énergie et des matières premières des zones intérieures, et préparent l'exploitation du Nord-Ouest du Pays. Les ambitions de ce projet se sont davantage concrétisées que celles du sixième quinquennal.

Pendant cette période, le développement économique de la zone sud-est côtière et intérieure s'est accéléré et a été maintenu par d'autres décisions et règlements, émanant du Gouvernement. Par exemple: le 31 mars 1988, la Décision de l'Assemblée populaire nationale (APN) qui donne l'autorisation au statut de zone économique spéciale à l'île de Hainan ;³¹⁵ le 19 février 1990, la Réponse du Conseil des Affaires d'Etat qui accorde à Jinan, chef-lieu de la province de Shandong le statut de zone économique spéciale³¹⁶ ; et le 2 juin 1990, le Gouvernement central autorise la ville de Shanghai à ouvrir et exploiter la zone de Pudong, etc.

II. La Zone nord-est

A. Position économique de la zone nord-est et difficultés de la réforme

173. Couvrant les provinces de Liaoning, Jiling, Helongjiang et la part est de la Mongolie intérieure, avec une superficie de 1450 mille kilomètres carrés et une population de 120 millions d'habitants, la zone nord-est était l'ancien centre de l'industrie lourde, et des manufactures, en fait, le berceau de l'industrie de la République Populaire de Chine.³¹⁷ Sa position dans le domaine de la manufacture d'équipement au niveau national est essentielle depuis l'époque de l'économie planifiée jusqu'à nos jours. Dans son grand éventail de manufactures d'équipement figurent la machine agricole, la construction mécanique, l'électrotechnique, la machine-outil, les appareils et instruments de mesure, la pétrochimie générale, la machine lourde de mine, l'automobile, etc. L'émergence d'une trentaine de grands groupes d'entreprises dont le chiffre d'affaires dépasse les 2 milliards de yuans (approximativement 200 millions d'euros) renforce sa position dans l'économie du pays. Parmi ces grands groupes d'entreprises, les plus connus sont le Groupe FAW de

³¹⁵ La première session de la septième Assemblée populaire nationale au 31 mars 1988.

³¹⁶ Le résumé des entretiens avec les dirigeants des deltas du Fleuve Bleu, du Fleuve Perle, et du fleuve Xiazhangquan tenus par le Comité central du PCC et le Conseil des Affaires d'Etat le 19 février 1990. Recueil de nouvelles lois et de nouveaux règlements de R.P.C. de 1990, Tome 1, p.103.

³¹⁷ Pour savoir plus, voir articles en *Beijing Review*, vol.31 n°17 et 18, 25 avril et 2 mai 1988.

Chine (qui a créé plusieurs joint-ventures avec le groupe Volkswagen en Chine), le Groupe Jinbei de Shenyang (qui a une branche en Uruguay), le Groupe d'entreprises de machines électriques de Harbin, Shenyang Machine Tool Group Co.Ltd.(qui a une branche au Chili,) Danlian Bingshan Group (Form Dalian Refrigeration Works), etc.

Durant les années de la mise en œuvre de la politique de porte ouverte, les petites entreprises d'Etat, le secteur non étatique et les moyennes et grandes entreprises dans la zone Est-côtière se sont intégrés graduellement à l'environnement du marché. Mais, la réforme des moyennes et grandes entreprises étatiques de la zone Nord-est axées historiquement sur l'industrie lourde, considérées comme la colonne vertébrale de l'économie nationale, s'est avérée difficile pour plusieurs raisons, telles le manque endogène de vitalité et d'incitation, le manque de clarté dans la définition des droits de propriété des entreprises d'Etat, l'absence d'un marché concurrentiel effectif, le sureffectif de personnel, et aussi le poids excessif de la fiscalité et des dépenses de prestations sociales. Ces phénomènes ont été reconnus par les économistes et responsables chargés de la réforme. Les étapes de la réforme de ces entreprises d'Etat ont été synchronisées avec les étapes des zones de la côte est.

B. Les politiques de réforme dans cette zone

1. La réforme préliminaire

174. Initialement, des expérimentations dans certaines entreprises sélectionnées ont été menées avec pour objectif d'accroître leur autonomie, en leur permettant de conserver une partie de leurs profits, de bénéficier de davantage de pouvoir de décision concernant la production, la commercialisation et l'investissement³¹⁸. Pour atteindre ce but, différents systèmes contractuels de responsabilité ont émergé et sont devenus, par la suite, les principales mesures de réforme des années 80. L'idée de séparer la propriété d'Etat des entreprises et leur gestion a été confirmée à partir du mois d'octobre 1984³¹⁹.

Ensuite, un nouveau modèle d'imposition a été mis en place pour compléter et parfaire le système de responsabilité contractuelle des entreprises à partir de décembre 1986. Ainsi, le système du transfert intégral des profits des entreprises à l'Etat, est remplacé par un arsenal nouveau de taxes et d'impositions comme par exemple: des frais financiers et d'intérêts selon les avoirs en capital fixe et en fonds

³¹⁸ 6 entreprises étatiques de machinerie de Ningjiqiang de Sichuan province étaient les premières entreprises pilotes.

de roulement, des taxes sur les ventes et des taxes d'ajustement. Par ailleurs, la situation du taux d'imposition sur le revenu unifié pour les moyennes et grandes entreprises est changée. Le transfert des profits à l'Etat est fondé sur le paiement fiscal selon l'évaluation de la part du profit conservée après paiement des taxes et en faisant référence au contrat entre l'entreprise et l'Etat. Mais faute de mécanisme d'évaluation objective des entreprises et de leurs dirigeants, la rentabilité d'une entreprise ne reflète pas ses performances. D'où la nécessité d'une réforme approfondie.

2. La réforme approfondie—l'instauration du système de l'entreprise moderne

1) Le 14^e Congrès du PCC

175. Théoriquement, l'année 1992 marque un nouveau tournant dans la réforme des entreprises d'Etat. Le 14^e Congrès du PCC a proclamé l'économie de marché socialiste comme le modèle idéal pour la réforme du système économique chinois. Pour la première fois depuis le déclenchement de la réforme, le Gouvernement prône de manière officielle, l'instauration d'entreprises modernes dont les caractéristiques sont les suivantes : séparation claire de la propriété de l'Etat et de la gestion de l'entreprise étatique, clarté dans la définition de la responsabilité et des droits des dirigeants d'entreprises d'Etat, séparation absolue entre l'administration gouvernementale et celle de l'entreprise, et gestion rigoureuse et scientifique³²⁰. Pour mettre en application cette stratégie, et pour empêcher la fuite des biens d'Etat, le financement de l'Etat qui prenait la forme d'une participation au capital fut remplacé par des prêts bancaires. L'Etat chinois a fait des expériences pilotes dans lesquelles certaines entreprises d'Etat furent converties en sociétés par action. Ces expériences ont été répandues de manière générale à la fin des années 90. En 2005, parmi 2524 entreprises étatiques clefs, 1331 ont été converties en sociétés par action avec pluralités des actionnaires, soit 52.7% du total des entreprises d'Etat³²¹.

2) Le 15^e Assemblée du PCC

176. Le rapport de la 15^e Assemblée du PCC et la «Décision sur les problèmes importants relatifs à la réforme et au développement des entreprises d'Etat» mettent l'accent sur la réforme des moyennes et grandes entreprises en laissant disparaître les

³¹⁹ La troisième session plénière du Comité central issu du 12^e Congrès du Parti communiste de Chine.

³²⁰ « Décisions aux problèmes relatifs à l'établissement du système de l'économie de marché socialiste » sont considérées comme fruit de la 3^e session plénière du 14^e Congrès du PCC.

petites entreprises d'Etat par le jeu de la concurrence sur le marché. En outre, la priorité est mise sur la revitalisation des industries considérées comme pilier de l'économie nationale, à savoir: l'automobile, la machinerie, l'électronique, la construction et la pétrochimie. Cette politique a concerné 512 grandes entreprises qui, par le jeu des fusion-acquisitions des petites unités, se transformèrent en groupes d'entreprises importants³²². Ces entreprises qui représentent 50% des actifs de l'Etat, resteront sous le contrôle exclusif de l'Etat et bénéficieront prioritairement de prêts des banques nationales. Cette réforme visait à déclasser les installations obsolètes, à délester les entreprises des responsabilités en matière d'aides sociales, et à stimuler la modernisation des infrastructures. Cependant, les concentrations des entreprises ne pouvaient suffire à rendre les entreprises d'Etat chinoises efficaces; l'intensification de la concurrence pose inévitablement la question de la réforme du droit de propriété. Pour répondre à ce problème, le Code de la Propriété a été conçu depuis alors, et enfin publié en 2007.

3. *La stratégie du redressement de l'ancienne zone industrielle du Nord-est*

177. Le 5 octobre 2003, le CAE et le Comité du PCC ont publié officiellement les «Avis relatifs à la mise en œuvre des stratégies pour redresser l'ancienne zone d'industrie dans le Nord-est de la Chine »³²³ qui énoncent quelques mesures importantes et concrètes en faveur de la transformation des grandes entreprises d'Etat:

- Mettre en oeuvre des essais de sécurité sociale urbaine, avec 1.82 milliards de yuans par an d'aide financière du Gouvernement central, et 5.5 milliards de yuans d'indemnisation pour résorber l'excédent de travailleurs dans les entreprises d'Etat ;
- Convertir la taxe sur la valeur ajoutée de production en taxe sur la valeur ajoutée de consommation et déduire le coût d'achat du matériel d'équipement et de machine-outil, ainsi, 9.346 milliards de yuans ont été remboursés aux entreprises ;
- Renforcer la rigueur de la politique de la faillite ;³²⁴
- Encourager la séparation de la mission sociale et de la mission d'entreprise en transférant la gestion des 420 établissements scolaires, organismes judiciaires et

³²¹ La statistique du Bureau National Statistique de 2005.

³²² *Infra.* Les deux premiers Chapitres de la deuxième partie concernant la concentration.

³²³ Document n°11[2003] émis conjointement par le Comité central du PCC et le Conseil des Affaires d'Etat.

³²⁴ Au cours des années 2004 et 2005, 122 entreprises d'Etat étaient en faillite, pour ces sociétés une dette totale de 22.4 milliards de yuans a été annulée.

policiers aux autorités locales moyennant une aide financière du Gouvernement central de 1.9 milliards de yuans, 33 000 travailleurs et 14000 enseignants retraités étaient concernés ;

- Réduire ou supprimer la dette en intérêt et annuler tous les comptes douteux ; ainsi, à la fin de l'année 2005, la gestion du capital douteux, au total de 311 milliards de yuan a été transférée des banques nationales de la zone Nord-est à la Société de la Gestion du capital, etc.

La mise en œuvre de ces mesures s'avère être une première étape d'une nouvelle stratégie du Gouvernement central sur cette zone. Nouvelle stratégie qui a été détaillée dans l'«Approbation du projet pour revitaliser l'économie de la zone Nord-est» du CAE du 7 août 2007. Cette nouvelle stratégie a pour objectif de transformer la région Nord-est en une région fondée sur 4 bases : une base manufacturière de grande compétitivité à l'échelle mondiale, une base nationale de sauvegarde énergétique et de nouveaux types de matières premières, une base importante de production agricole et d'élevage d'Etat, une base importante d'innovation et de recherche et développement d'Etat, plus une zone importante de sauvegarde de l'environnement.

III. La Zones ouest

A . Délimitation de la zone de l'ouest et son environnement général

178. La discussion sur la délimitation de la zone Ouest a continué jusqu'à la naissance de la formule d'«Open Up the West» ou de «Go-west», de «Marcher vers l'Ouest» en 1999 qui définit la borne de la zone Ouest. Ainsi, elle est composée de 10 provinces : trois provinces autonomes (Xinjiang, Tibet et Ningxia), avec Qinghai, Gansu, Shaanxi, Sichuan, Yunnan, Guizhou, et une municipalité relevant directement du Gouvernement central - Chongqing³²⁵. A partir d'octobre 2000, cette zone, à laquelle s'ajoutent deux régions autonomes – la Mongolie intérieure et la Guangxi, comporte alors douze unités provinciales.³²⁶

Cette zone représente 23% de la population nationale et les deux tiers de la superficie totale du pays, riche en ressources minérales, touristiques et agraires, ainsi

³²⁵ Voir le Rapport gouvernemental de 2000 présenté par le premier ministre ZHU Rongji à l'occasion de la 3^e session de la 9^e Assemblée populaire nationale, le 5 mars 2000, China Daily. La municipalité Chongqing est séparée administrativement de la province Sichuan depuis mars 1997.

³²⁶ La Circulaire de Conseil des Affaires d'Etat relative à l'application des politiques et mesures en faveur du développement de la zone ouest de la Chine, Rapport de Nouvelle Chine-Nouvelle agence, Beijing, 27 décembre 2000.

qu'en énergie hydraulique, en gaz naturel et en charbon. Pourtant, elle est aussi une région aride, aux paysages souvent désertiques et à la topographie très compartimentée, balayée souvent par des vents violents, aux hivers glaciaux et aux étés caniculaires. Elle comprend une suite de bassins ou dépressions presque entièrement fermés, enserrés entre de hautes montagnes. Tout cela rend le coût de construction, d'infrastructures prohibitif. Elle a été historiquement « abandonnée » par presque tous les régimes du Pays. Les habitants qui survivent difficilement tant les conditions sont dures ont exploité ces régions de façon anarchique. Cette exploitation malheureuse a endommagé les ressources naturelles (aurifères, pétrolière et les minéraux rares), les steppes et les forêts.

B. L'évolution de la politique gouvernementale à l'égard de l'Ouest

1. Evolution de la politique principale relative à l'ouverture de l'Ouest

179. Le déséquilibre entre les régions côtières et les régions de l'ouest est un problème historique, une tumeur maligne du passé. Ce déséquilibre s'est aggravé à la suite de la politique d'ouverture et de réforme économique du régime du Gouvernement chinois, et avec pour conséquence possible d'ébranler les assises du régime communiste chinois. Ce dont le Parti a d'ailleurs conscience. Après une longue période de conception du plan de réforme sur cette région, le Gouvernement central a tenu à rééquilibrer l'économie nationale en lançant son plus ambitieux programme de développement «go-west». L'évolution de la politique principale du développement de la région se compose de deux étapes : la conception et la mise à l'ordre du jour.

1) La conception de la stratégie

180. L'idée de réduire la disparité entre la Zone Est-côtière et la Zone Ouest peut remonter au milieu des années 1950. Lors d'une réunion élargie du Bureau politique central du PCC au 25 avril 1956, le Président MAO Zedong a prononcé un discours célèbre, devenu un bréviaire des membres du PCC jusqu'aujourd'hui, intitulé 'Sur les dix rapports importants'³²⁷. Plus précisément, c'est dans le deuxième rapport que MAO analysait la relation entre l'industrie est-côtière et celle de l'intérieur et de l'Ouest. D'après lui, les nouvelles industries, particulièrement les industries lourdes

³²⁷ *Supra*.n°88.

et d'importance pour la sécurité et de la défense de l'Etat doivent être installées à l'intérieur du Pays pour mieux se défendre dans la perspective d'une guerre, période de guerre froide oblige, d'une part, mais aussi d'autre part pour mieux résoudre le problème du déséquilibre économique entre les deux zones en développant et en créant une industrie dans cette zone, et montrer au peuple la capacité d'administration du PCC et l'avantage du socialisme par rapport au capitalisme. Pourtant cette idée n'a pas réussi à atteindre son objectif.

181. Les discours des chefs d'Etat ont toujours joué un rôle significatif dans l'orientation de la politique du gouvernement. Dix ans après le déclenchement de la réforme économique, et à partir de l'année 1988, plusieurs discours prononcés par DENG Xiaoping manifestent l'orientation régionale de la réforme, ainsi que la volonté et la détermination de faire disparaître les écarts entre la région est-côtière et la région ouest.³²⁸ Le discours de l'ex-Président JIANG Zemin de septembre 1995 marque le début d'un changement de stratégie pour le développement économique régional.³²⁹ Il déclare qu'à partir du 9^e quinquennat, l'Etat va commencer à prendre des mesures concrètes pour faire disparaître les inégalités de développement régional en attachant de l'importance au développement de la région nord-ouest et sud-ouest. « Le plan du 9^e quinquennat du développement social et économique de la nation et la perspective à long terme du développement jusqu'à l'année 2010 », entériné par l'ANP en mars 1996, confirme le changement de stratégie de développement régional. A partir de ce discours, trois années ont été consacrées à l'étude, à la consultation, à l'enquête et aux tournées d'inspection dans la perspective de trouver les réformes les plus adaptées.

2) La mise à l'ordre du jour de la politique

182. Ainsi le 16 janvier 2000 est institué au sein du CAE, le Groupe Dirigeant de « Marcher vers l'Ouest », avec à sa tête l'ex-premier ministre ZHU Rongji, et 19 membres, tous ministres. Ensuite, pour répondre à l'appel du Gouvernement à propos de la stratégie à mener pour « Marche vers l'Ouest », le Ministère de la Circulation s'engage à investir 700 milliards de yuan (soit 70 milliards d'euros) pour construire

³²⁸ Dans un discours sur l'autorité du PCC en septembre 1988, DENG Xiaoping souligne que dans la première période de la réforme, la région est-côtière doit absolument accélérer les démarches de réforme d'ouverture pour pouvoir s'enrichir sans répit, et la région intérieure et nord-ouest doit attendre et les soutenir par les ressources matérielles en prenant en considération les intérêts de l'ensemble de l'Etat, puis, les conditions une fois réunies, dans la deuxième période de la réforme, la région est-côtière devra aider davantage la région intérieure et ouest dans le développement de ce dernier.

un réseau routier de 350 000 km dans un délai de 10 ans. Pour sa part, l'Administration fiscale générale de l'Etat s'engage à appliquer une nouvelle politique préférentielle en matière de fiscalité, selon laquelle, les nouvelles entreprises bénéficient pendant trois ans de mesures préférentielles et, à partir de la quatrième année, elles peuvent bénéficier d'une réduction de 15% de leur impôt. Le Ministère des chemins de fer s'engage également à investir 100 milliards de yuans (soit 10 milliards d'euros) pour les grands travaux de construction des 18 000 km de chemins de fer dans les 5 ans. Le Ministère de technologie et l'Académie scientifique de Chine ont aussi développé des programmes d'aide.

Le 5 mars 2000, dans le Rapport de Performance du Gouvernement donné au cours de la séance de l'APN, Monsieur ZHU Rongji a donné cinq instructions sur la stratégie de la politique de la « Marche vers l'Ouest » qu'il entend suivre:

- Accélérer la construction des infrastructures. Concernant le transport, avec la construction du réseau routier et du réseau ferroviaire, l'aéronautique occupe également une position importante dans la stratégie ; l'exploitation de l'énergie hydraulique, la construction du gazoduc et du réseau électrique, les télécommunications, la télévision doivent être aussi mises en chantier ;

- Aménager et sauvegarder l'environnement écologique. Un plan d'ensemble pour la sauvegarde de l'environnement de la région Nord-ouest est instauré. Pour mettre pleinement en valeur les ressources naturelles abondantes de l'Ouest, attirer d'avantage de capitaux, de techniques et de cerveaux, diminuer efficacement les crues des cours moyen et inférieur du Fleuve bleu et du Fleuve Jaune, promouvoir le développement économique et social, la seule solution est d'améliorer sans cesse l'environnement écologique de l'Ouest. C'est là que réside l'espoir du développement de ces régions et ce sont les conditions nécessaires au développement durable du pays tout entier. La construction de complexes hydrauliques, la reconversion des champs en forêts et en prairies, la restauration écologique et le reboisement doivent combiner la mise en valeur des ressources avec la protection de l'environnement, harmoniser la rentabilité économique, avec la rentabilité sociale et écologique, en explorant les possibilités de développement économique durable ;

³²⁹ Ce discours est intitulé 'Régler correctement des rapports importants dans le cadre de modernisation de l'économie socialiste' à la fermeture de la 5^e session plénière du 14^e congrès du PCC, septembre 1995.

- Développer l'industrie en mettant l'accent sur les caractéristiques de chaque province en s'appuyant sur les conditions géographiques, climatiques et sur les ressources naturelles de chaque localité.

Tous ces points ont été confirmés par la «Circulaire du Conseil des affaires d'Etat relatif à la politique et aux mesures de développement soutenu de la région nord-ouest de Chine » en date du 26 octobre 2000.³³⁰

Conformément au plan prévu, le Règlement du Conseil des Affaires d'Etat relatif à la Reconversion des Terres Cultivées en Forêts et Prairies, Edification Ecologique et Reboisement est adopté le 25 décembre 2002. De plus, la loi relative à l'encouragement au développement de l'Ouest a été inscrite au projet législatif.

2. Performance remarquable de la mise en œuvre de la stratégie de l'Ouest

183. Considérant que le manque d'infrastructure et l'âpreté des lieux n'encouragent guère les entreprises à s'y installer, l'Etat chinois leur a accordé des mesures préférentielles en matière d'appels de fonds, de conditions d'investissement, d'éducation. Il incite les hommes d'affaires chinois et étrangers à venir y investir, en réduisant l'impôt sur les revenus de l'entreprise à 15%. En 2006, l'Etat prévoit que «16,5 milliards d'euros supplémentaires seraient affectés au développement d'une zone qui a déjà reçu près de 100 milliards d'euros d'investissements publics en infrastructures de 2001 à 2005». Tout en travaillant vigoureusement à l'élaboration du plan à moyen et long terme pour le développement de l'Ouest, la Commission d'Etat pour la Planification du Développement propose la mise en chantier de dix grands travaux dans ces régions.³³¹ Selon les diverses conditions locales, ces dix travaux sont centrés sur les infrastructures et l'écologie. La ligne Qinghai-Tibet, longue de 1 956 km, de Xining, capitale de la province du Qinghai, dans le nord-ouest, à Lassa, est entrée en service en juillet 2006, mettant fin à l'histoire jusqu'alors sans train du Tibet. En juillet 2010, ont été mis au jour par la CNDR vingt-trois projets de travaux importants dans la région du Nord, où l'Etat a investi 682,2 billions de yuan³³².

³³⁰ Circulaire (Guofa [2000] 33°).

³³¹ Pour savoir plus des informations sur ces dix travaux, consultez le site de la Commission d'Etat pour la Planification du Développement : <http://www.sdpc.gov.cn>.

³³² SHI Jianxun, *Quels apports amène-il l'investissement de 682,2 billions yuan à la Région du Nord ?*, in *Quotidien du Peuple*, édition outre-mer, le 13 juillet 2010. Parmi ces 23 projets, 10 d'entre eux sont les travaux infrastructurels, 4 concernent l'ouvrage hydraulique de multi-fonctions (qui associent les fonctions anti-crueses, d'approvisionnement de l'eau, de protection d'environnement et de tourisme).

Parallèlement, les autorités des provinces côtières ont suivi l'exemple du Gouvernement central.³³³ Les coopérations entre l'Ouest et l'Est faisant écho à la politique du gouvernement central, les investissements étrangers ne tardent pas à entrer dans ces régions. Le WWF a investi 300 millions de yuans en projets écologiques dans le bassin du Fleuve CHI qui traverse trois provinces du sud-ouest : le Sichuan, le Yunnan et le Guizhou. L'Espagne et la région autonome de Mongolie intérieure ont signé un accord pour la coopération dans l'exploitation des nouvelles ressources -«Mémorandum de compréhension sur la coopération de l'exploitation et de l'utilisation des ressources nouvelles». Le 8 novembre 2006, 147 entreprises européennes ont participé à la Conférence commerciale de coopération à Chengdu, le chef-lieu de Sichuan, organisée conjointement par l'autorité de Sichuan et la Commission européenne. Presque toutes les grandes entreprises coréennes telles Samsung, C&C, SK, Daewoos, etc, sont entrées à Chongqing avec un apport de 300 millions de yuan de capital (soit 30 millions d'euros). Six banques internationales, avec à la tête la Citibank se sont installées par le biais de leurs filiales.

Cette «Marche vers l'Ouest» a non seulement renforcé l'alignement de l'économie de l'ouest sur celle de l'Est, mais aussi donné une impulsion à l'intégration de l'économie occidentale de la Chine dans l'économie mondiale.

§2. Marchés économiques et juridiques -- Marchés spéciaux

184. Il y a lieu de distinguer ici entre les secteurs pour lesquels le gouvernement chinois impose une logique d'ouverture pour attirer les savoir-faire, les capitaux et les technologies et ceux pour lesquels les autorités ont des objectifs de protection imposant alors une logique de contrôle. Les secteurs, régis par des lois spécifiques, tels que l'immobilier, les télécommunications, les transports, les assurances, les banques ainsi que les services publics, ont été ouverts aux investisseurs étrangers, mais de manière restreinte³³⁴ **(II)**. La libéralisation s'accélère dans d'autres secteurs depuis l'entrée de la Chine dans l'OMC, les entreprises étrangères pouvant bénéficier du traitement national **(I)**.

³³³ Shanghai a créé une zone technologique de coopération à Xinjiang, dans laquelle 11 entreprises de Shanghai et 12 entreprises venues de Fujian et Zhejiang, les deux plus riches provinces côtières, se sont installées en 2005, le capital investi dans ce projet a atteint un milliard de yuans. Au Yunnan, une province du sud, Shanghai a financé sans intérêts des infrastructures pour l'éducation, et pour la formation professionnelle pour 800 millions de yuans. Les entreprises Guangdongaises investissent également au Shaanxi, avec un apport de 43.4 milliards de yuans (soit 4.34 milliards d'euros) pour 36 contrats durant la seule année 2004.

³³⁴ Rapports et études de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris: *développer et entreprendre : Inde et Chine, Entreprendre dans les pays émergents à forte croissance*, La documentation française, juin 2007, pp.

I. Les secteurs libéralisés

185. Parmi les secteurs libéralisés, deux attirent notre attention plus que les autres en raison de leur importance dans l'économie nationale chinoise. Ils sont le secteur automobile (**A**) et le secteur des télécommunications (**B**).

A. Le secteur automobile

1. Difficultés dans le secteur automobile

186. En 2006, la Chine est devenue le deuxième marché automobile mondial. Cet avancement remarquable doit beaucoup à la nouvelle stratégie dans ce domaine et à l'accomplissement des engagements liés à l'adhésion à l'OMC. En effet, depuis le 1^{er} juin 2004, date de la mise en œuvre de la nouvelle Politique de développement de la construction automobile publiée par la Commission Nationale de Développement et Réforme (NDRC), intégrant les engagements de la Chine à l'OMC, la Chine court vers le but indiqué par cette nouvelle politique en surmontant les difficultés actuelles du secteur.

187. Le premier problème qu'a rencontré la Chine, c'était le grand nombre de petits constructeurs dans ce secteur. Depuis 50 ans, pour poursuivre la course au surprofit provenant de la protection de la barrière tarifaire, chaque autorité provinciale se permit de créer ses propres constructeurs automobiles au point que plus de 116 petits constructeurs automobiles s'étaient lancés dans une compétition acharnée et vicieuse. Certes, c'est une étape incontournable connue de tous les pays industrialisés pendant leur première période d'industrialisation³³⁵. La Chine ne peut pas se contenter de se justifier par la leçon d'autrui. Outre le problème de nombre, le manque de capacité de production restreignait le développement du secteur. Jusqu'en 1995, il n'y avait que 4 constructeurs qui avaient franchi le seuil de 100 milles automobiles par an, moins de la moitié du niveau général de l'économie d'envergure³³⁶. De surcroît, le marché automobile chinois était un marché si étroit et limité par le pouvoir d'achat des consommateurs que la demande pouvait être facilement satisfaite par 3 ou 4 constructeurs chinois, ou un seul grand constructeur occidental. Le problème le plus crucial était que la Chine ne possédait pas de produit

263-313.

³³⁵ Pendant les années 1920, il y avait plus de 80 constructeurs automobiles aux Etats-Unis, plus de 150 en France, plus de 40 au Royaume-Uni, plus de 30 en Italie, mais à la fin de l'années 1970, il ne reste que 4 aux Etats-Unis (GM, Chrysler et Ford), 12 à l'Europe Ouest.

dominé par sa propre propriété industrielle. Tous ce qu'elle a sont des emprunts et des copies des étrangers. Toutes les automobiles fabriquées en Chine le sont grâce à l'investissement étranger direct.³³⁷ Le manque de produit dominé par la propriété industrielle nationale est un véritable goulot d'étranglement pour le développement de l'industrie automobile chinoise. La réforme ou une nouvelle stratégie devient donc impérative. C'est alors, que la nouvelle Politique de développement de la construction automobile a vu le jour le 1^{er} juin 2004 en abrogeant la Politique de l'industrie automobile de 1994.

2. Politique de développement de la construction automobile

188. L'objectif de cette nouvelle politique entend

- créer un environnement du marché unifié et concurrentiel et un marché sain pour la consommation des produits automobiles ;
- encourager l'amélioration de la capacité de recherche et de créativité de technologie ; exploiter vigoureusement les produits couverts par la propriété industrielle dans le but d'établir plusieurs marques renommées dans le domaine de la motocyclette et des accessoires et pièces détachées jusqu'à l'an 2010.
- encourager la coalition des entreprises au sein de l'industrie d'automobile selon les règles du marché pour partager les ressources, pour obtenir une efficacité grâce à l'envergure des entreprises tout en évitant la construction répétitive; etc.

189. La protection de la propriété industrielle étrangère. Pour réaliser le deuxième objectif, la meilleure approche est de protéger la propriété industrielle étrangère de la falsification et de développer une industrie d'assemblage automobile avec les pièces fabriquées dans différents pays ou appartenant à différents constructeurs sous différentes marques, brevets, savoir-faire et designs. Donc, selon l'article 20 du Chapitre V de la nouvelle politique, intitulé « Administration de l'accès », *«l'Etat chinois établit le système unifié d'administration de l'accès relatif aux entreprises constructrices et aux produits automobiles...Il est interdit de faire authentifier comme les produits issus de sa propre propriété industrielle les*

³³⁶ Actuellement, le niveau général de l'économie d'envergure dans le domaine international d'automobile est un million de rendement annuel de voiture pour les pays industrialisés, 400 milles pour les pays en voie de développement.

³³⁷ L'investissement de Volkswagen d'Allemagne et GM des Etats-Unis à l'Entreprise automobile de Shanghai pour la fabrication de Buick et Santana, l'investissement de l'Allemagne à la Première Entreprise automobile de Chine pour la fabrication d'Audi et Jeda, Citroën investie chez DongFeng pour Fukang, Peugeot français à Guangzhou pour Peugeot Guangzhou, Ford à Jiangling automobile pour Quangshun, etc.

automobiles importées et les produits d'assemblage des pièces et morceaux fabriqués en différents pays sous différentes marques, brevets, savoir-faire et designs d'autrui. La commercialisation de produits assemblés illégaux ou de produits qui empiètent sur les droits de la propriété industrielle est interdite et conduit à des sanctions sévères.»

L'article 24 du Chapitre 6 institue que «...toutes les entreprises constructrices d'automobiles doivent avoir grand soin de protéger les droits de la propriété industrielle afin d'améliorer la notoriété de l'entreprise, et de préserver son image.»

190. Administration de l'investissement. Le Chapitre 10 pose de nouvelles conditions à l'investissement dans ce secteur. La limitation à 50% de la participation étrangère au capital peut être levée avec l'approbation du CAE pour les constructeurs qui sont implantés dans une zone franche industrielle d'exportation, et qui ont l'intention d'exporter auquel cas la nouvelle politique ne fixe pas de plafond en ce qui concerne la détention du capital ; par ailleurs, les efforts des constructeurs pour la R&D sont encouragés par la déductibilité des impôts.

Toutefois, le Gouvernement chinois a annoncé, en janvier 2007, qu'il entendait imposer aux constructeurs automobiles chinois une «licence de qualité» pour les voitures produites en Chine et destinées à l'exportation. Ces mesures devraient recentrer la construction sur FAW, Dongfeng, Saic, Chang'an et BAIHC; elles s'ajoutent à un ensemble de mesures déjà entrées en vigueur sur la qualité et la consommation des moteurs et sur la taxation liée à l'importation de pièces détachées.

B. Le secteur de télécommunication

1. La démarche de libéralisation

191. Pour la Chine la télécommunication constitue un enjeu primordial pour la sécurité nationale. Dès 1980, le secteur de télécommunication chinois est devenu l'un des secteurs prioritaires du développement économique planifié par l'Etat. Le Gouvernement central a prit alors trois grandes mesures : l'instauration d'un forfait d'installation de ligne pour pourvoir à l'autofinancement du développement du réseau ; l'autorisation aux gouvernements locaux d'investir dans les télécoms ; le traitement préférentiel en matière de taxation. Depuis alors, l'exemption partielle ou

totale des droits de douane sur l'importation d'équipement étranger et le transfert de technologies ont permis d'enregistrer de très rapides progrès dans le secteur.

Avant l'accès au marché de télécommunication de Chine Unicom en 1994, il n'y avait qu'un seul opérateur téléphonique sur le marché de télécommunication – Chine Telecom, une entreprise d'Etat qui s'est ensuite divisée en deux : Chine Telecom et Chine Mobile. Pendant la période de la préparation de l'adhésion à l'OMC (1995-2001), s'ouvre une période tumultueuse de restructuration des opérateurs téléphoniques chinois, les opérateurs de téléphonie Chine Telecom et Chine Mobile conservant toujours une situation monopolistique, malgré l'arrivée de Chine Unicom. Puis, le gouvernement autorise China Unicom et China Mobile à se faire coter par l'intermédiaire de filiales hongkongaises sur les places financières internationales espérant que cela leur permette de trouver de nouvelles sources de financement.

L'Etat souhaite constituer une puissante industrie nationale des télécommunications, faisant de cette dernière un des piliers du développement économique du pays. Avant 2001, demeurait interdite toute prise de participation étrangère directe dans les entreprises chinoises de services téléphoniques.

Le Règlement sur l'administration des télécommunications est publié en juin 2001, abordant l'essentiel du fonctionnement du secteur et l'accès universel et investissements directs étrangers (toutefois, tout opérateur téléphonique local doit être détenu à plus de 50% par une entreprise d'état chinoise).

Cette nouvelle donne du marché des opérateurs dans un contexte réglementaire a amené une ruée de l'investissement des trois autres opérateurs : China Railcom, Netcom et Jicom, créant une ambiance concurrentielle entre opérateurs et par conséquent une baisse tarifaire des appels et des forfaits d'installation de ligne fixe. Les entreprises étrangères sont autorisées à investir progressivement dans les sociétés de services sous forme d'apport en capitaux (prise de participation). Dans le même temps, les autorités chinoises s'engagent à mettre en place une instance indépendante de régulation et d'arbitrage³³⁸ dans le domaine des télécoms.

Malgré la décentralisation du secteur de télécoms après tant années de restructuration, Chine Mobile possède une position dominante sur ce marché. Il occupe 80% du marché en chiffre d'affaires et en nouveaux abonnés en une seule

année 2006, son fonds de roulement est plus de deux fois la totalité des autres cinq opérateurs. Le tarif du rappel par téléphone mobile s'est figé depuis longtemps (depuis 2001). D'autres principaux opérateurs télécoms Chine Telecom, Chine Netcom, China Mobile et China Railcom sont en voie d'obtention de licences qui leur permettront d'être des opérateurs multifonctions. La barrière d'accès pour les opérateurs privés qu'ils soient nationaux ou étrangers est trop haute à franchir. La raison en est que l'Etat entend bien rester majoritaire dans toutes les entreprises de services et de télécommunications en tant qu'entrepreneur ou opérateur.

Mais des voix se font entendre depuis quelques années, pour mener la réforme jusqu'à une libéralisation totale.

2. L'ouverture aux investissements directs étrangers

192. Le Règlement adopté sur les investissements étrangers dans les entreprises de télécommunication est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Les principales dispositions de ce règlement concernent les sujets suivants:

- l'autorisation d'établir des entreprises de capitaux mixtes dans le secteur des télécoms, mais non des entreprises coopératives mixtes et encore moins des entreprises à capitaux entièrement étrangers ;
- la définition de deux catégories de sociétés mixtes : celles opérant dans les services de base et celles dans les services à valeur ajoutée.
- capital minimum pour les sociétés mixtes au niveau national et interprovincial de 2 milliards de yuans dans les services de base et de 10 milliards de yuans dans les services à valeur ajoutée et pour les sociétés mixtes opérant au niveau intraprovincial de respectivement 200 millions et 1 milliard de yuans.
- le rappel du calendrier de l'ouverture des investissements étrangers en conformité avec les accords bilatéraux ;
- les critères de recevabilité des demandes de création de sociétés mixtes, etc.

Ce texte constitue une avancée décisive pour les investissements directs étrangers dans les télécoms. Par suite du règlement, la concurrence s'est accentuée, particulièrement dans la téléphonie mobile. En même temps, ces évolutions profitent largement aux consommateurs qui bénéficient d'une palette de services plus large et de baisses tarifaires constantes dans un contexte de conquête de nouveaux abonnés

³³⁸ Centre du règlement de différends des clients des télécommunications au sein du Ministère de Technologies industrielles et informatiques de la Chine.

et d'introduction de nouveaux services basés sur le standard de communication CDMA (Code Division Multiple Access).

193. La Chine comptera en 2020 quelque 600 millions d'abonnés au téléphone fixe, 730 millions d'abonnés au téléphone mobile et 400 millions d'internautes, selon un plan élaboré par le ministère chinois de l'industrie de l'information³³⁹. Ce plan met l'accent sur la construction des infrastructures de télécommunications dans les régions rurales et les régions sous-développées de l'Ouest du pays. L'amélioration des conditions de télécommunications dans les régions rurales contribuera à promouvoir le développement économique rural, l'Etat s'efforce d'achever l'objectif initial de fournir les services du téléphone à tous les villages du pays. Le plan prévoit également qu'en 2020, chaque foyer en Chine aura la garantie d'avoir les services de télécommunications de base à des prix abordables.

Avec le Règlement sur l'administration des sociétés de télécommunication à participation étrangère entré en vigueur en 2002, la Chine s'est conformée aux engagements à l'OMC en autorisant, jusqu'à 49%, les participations étrangères dans les services de télécommunication de base et jusqu'à 50% celles dans les services de télécommunication à valeur ajoutée. Il existe, cependant, des exigences en matière de capital minimum. Par ailleurs, les entreprises à participation étrangère doivent obtenir une licence de services de télécommunication via leur partenaire qui présente une demande au Ministère de l'industrie de l'information. En vertu des engagements de la Chine au titre de l'AGCS (accord du GATT sur les services), la participation étrangère est soumise à certaines restrictions quantitatives (25% pour les lignes fixes et 49% pour les services mobiles) et géographiques.

II. Les secteurs libéralisés sous mesures restreintes

194. Parmi les secteurs libéralisés sous mesures restreintes, nous n'étudierons que le secteur de la distribution (A) et le secteur immobilier (B).

A. Le secteur de la distribution

195. La distribution est l'activité économique la plus mûre, la plus prospère en Chine, particulièrement après l'adhésion à l'OMC. Elle recouvre toutes les opérations d'acheminement des produits du producteur au consommateur. Les acteurs dans ce secteur sont multiples : producteurs, grossistes, intermédiaires

³³⁹ «Le 11^e plan quinquennaire dans l'industrie de l'Information» publié par le Ministère de l'Industrie de l'Information en mars 2006.

divers, consommateur final. De sa phase de production à l'acte de consommation, le bien ou service distribué se déplace au sein d'un réseau de distribution qui va dans toutes les directions à travers les grossistes et marchés de gros, grands magasins, magasins de proximité, grande distribution généraliste, supermarchés et hypermarchés, les magasins spécialisés, la vente par correspondance. Le secteur de la distribution est en effet un réseau réglementé en Chine.

1. Les réseaux de distribution en Chine

1) Grossistes et marchés de gros

196. Traditionnellement, dans presque toutes les grandes villes en Chine, il y a des quartiers spécialisés dédiés aux regroupements de commerçants d'une même corporation. De par leur importance, certains de ces marchés ont une influence dans tout le pays. A Guangzhou, le chef-lieu de la province de Guangdong, il existe, par exemple, un quartier de grossistes en maroquinerie, plusieurs quartiers de grossistes de chaussures, de produits alimentaires, de produits textiles, etc. De plus, certaines villes de la province se sont d'ailleurs spécialisées au point de former un immense plate-forme de distribution d'une même gamme de produits, déterminée par les spécificités de l'industrie locale : Guzen près de Zhongshan pour le luminaire, Dongguan ou Shunde pour l'ameublement, etc.

2) Grands magasins

197. Toutes les villes chinoises possèdent des grands magasins, parfois situés au sein d'une grande galerie commerciale. Que ce soit les magasins populaires ou les magasins haut de gamme, ils sont toujours une abondante source de marchandises et de chalandise. Les grands magasins fonctionnent, pour la plupart, selon le système de mise en consignment des produits. Les produits de luxe sont présents dans presque tous les grands magasins.

3) Magasins de proximité

198. La forme la plus répandue de la distribution est le commerce de proximité qui est principalement formé par des boutiques et des échoppes de rue de moins de 30m², qui représentent toujours les deux tiers des ventes de biens de consommation. Et le plus souvent de petites boutiques d'alimentation (généralement ouvertes 24h/24h) qui sont situées à proximité des zones résidentielles facilitent la vie quotidienne des résidents autour d'elles.

4) Grande distribution généraliste, supermarchés et hypermarchés

199. Sous l'impulsion étrangère, la grande distribution se développe à un rythme soutenu. Les hypermarchés sont en forte croissance dans la plupart des grandes villes chinoises, on en dénombrait en 2004 au moins 40000³⁴⁰. La grande distribution est dominée par de grands groupes surtout asiatiques comme Shanghai Bailin qui dispose de 5000 points de vente et un chiffre d'affaires de 6,8 milliards d'euros³⁴¹. En même temps, des groupes étrangers se sont installés avec succès en Chine, surtout dans les zones urbaines comme par exemple Carrefour qui est le 5^e distributeur en Chine et qui a ouvert en septembre 2005 son 65^e hypermarché³⁴². Les autres principaux hypermarchés du pays sont, entre autres, Wall-Mart (55 points de vente et un chiffre d'affaires de 307 millions d'euros), Trust-Mart (33 magasins en Chine), Sam's Club (19 magasins en Chine dont 9 dans le Guangdong) et Tesco et Park'n shop, Cash & Carry (Metro, Makro, Sam's Club). Le concept de grandes surfaces est repris par les opérateurs chinois avec succès (Hualian à Beijing, Joindoor à Changsha, Vanguard et Xinyijia dans le Guangdong, Jiale, Haoyouduo à Xi'an,...).

5) Les magasins spécialisés

200. Les chaînes de magasins spécialisés ont souvent été initiées par les fabricants eux mêmes qui, faute d'un réseau de distribution de détail spécialisé existant en Chine, ont créé leur propre réseau de points de vente.

Les distributeurs chinois détiennent une part de marché prépondérante. Les groupes Shanghai Lian Hua, entrés à la Bourse de Hongkong pour financer son développement, et Beijing Hua Lian (CA 2002 de 2,6 milliards Euros) sont considérés comme les deux premiers distributeurs en Chine. Mais les chaînes WU-MART, A-BEST, RENRENLE semblent bien décidées à progresser dans le

³⁴⁰ En 2003, 8000 supermarchés ont ouvert selon l'enquête du BNS, portant le total à 39 089 points de vente, soit une croissance de 27%.

³⁴¹ La distribution en Chine Actualisation au 24 juin 2004. Mission Économique Rédigée par : Yann FRANCIOLI de l'Ambassade de France en Chine, Version originelle du 24 juin 2004.

³⁴² La présence française dans le secteur de distribution en Chine, à propos de hypermarchés : Carrefour et Auchan ; distribution spécialisé : REXEL, DECATHLON et LEROY MERLIN ; Hard discount : DIA ; Supermarché : CHAMPION. Malgré quelques revers, avec le retrait des Galeries Lafayette à Pékin ou le non renouvellement de la licence de Printemps à Shanghai, les intérêts des grands groupes de distribution français sont bien représentés. Le Groupe AUCHAN qui a démarré ses activités sur la Chine de l'Est a ouvert son 8^e magasin le 28 juin 2004 à Jiading (Shanghai) et prévoit environ trois ouvertures supplémentaires dans la même année. La distribution spécialisée est également bien représentée avec les enseignes françaises REXEL du groupe PPR implanté sur Pékin, DECATHLON, qui a ouvert son premier magasin en Octobre 2003 à Shanghai et projette l'ouverture de 3 magasins supplémentaires en Chine en 2004. Le groupe LEROY MERLIN ouvrira son premier magasin de 9000 mètres carrés spécialisé dans le bricolage et la décoration en septembre à Pékin. CARREFOUR, leader international sur le territoire chinois, numéro 5 de la distribution en Chine, est aussi présent avec deux autres formats de distribution, sa filiale « Hard Discount » espagnole DIA qui possède

classement. L'émergence de géants chinois dans la distribution spécialisée est aussi remarquable, à l'image des magasins d'électroménager SUNING et GUOMEI, des chaînes de pharmacies 999 et GOLDEN ELEPHANT et de décoration HOMEJIA, ORIENTALHOME ou encore MACALLINE. Les groupes asiatiques sont aussi à l'affût avec les Taiwanais HYMART et TRUSTMART (50 magasins) ou le Thaïlandais LOTUS qui dispose déjà d'une vingtaine d'hypermarchés et vise 100 nouvelles ouvertures d'ici à trois ans. Alors que les géants internationaux du secteur se positionnent en Chine avec l'incontournable leader mondial WAL-MART, METRO qui annonce dans la presse 300 milliards d'euros d'investissement en 2008, PRICE MART, MAKRO, B&Q (20 unités pour le groupe Kingfisher qui souhaite ouvrir 75 magasins supplémentaires d'ici à la fin 2008), OBI (neuf magasins) ou IKEA (deux magasins).

Parmi les chaînes spécialisées, on peut encore citer les enseignes hongkongaise comme GPG (Caizhelin) et Landbond, Lamex et Kinhom dans l'ameublement, Bossini, Baleno, Giordano, Kangwei pour l'habillement, Arts Optical, YaShi 1000, Minrong dans l'optique-lunetterie, Luk Fook dans la bijouterie, etc.

6) La vente par correspondance

201. Le télé-achat se développe rapidement en Chine, particulièrement dynamique dans la province du Guangdong, les grandes villes comme Beijing et Shanghai (vente de produits de beauté, d'équipements ménagers...) Les sociétés hongkongaises et taiwanaises sont parties prenantes dans le développement de ce secteur en Chine du Sud.

2. Réglementations relative à la distribution

202. Conformément aux engagements de la Chine à l'OMC, le 11 décembre 2004, l'Etat chinois ouvre entièrement les portes de la distribution aux investisseurs étrangers et s'assure que la consommation intérieure progresse à un rythme soutenu. En fait, depuis son adhésion à l'OMC en 2001, le Gouvernement chinois a déjà ouvert son marché aux entreprises étrangères. Le gouvernement avait d'ailleurs adopté une loi le 1^{er} juin 2004 permettant aux entreprises de créer leurs propres chaînes de magasins.

1) Les engagements chinois à l'OMC dans le secteur de distribution

aujourd'hui après une année d'existence une centaine de magasins répartis sur les villes de Shanghai et Pékin, et par ailleurs les supermarchés CHAMPION dont il vient d'ouvrir le premier magasin à Pékin début 2004.

203. Parmi les engagements spécifiques en matière de service, annexés au Protocole d'Accession de la Chine à l'OMC, la distribution apparaît comme l'un des secteurs méritant une attention toute particulière. Après l'adhésion à l'OMC de nombreux changements sont prévus :

Libéralisation du commerce. En application de l'accord avec l'OMC, les droits d'import/export seront accordés à toute société étrangère trois années après l'accession de la Chine à l'OMC, mais ce droit d'import/export ne permet pas aux importateurs de distribuer des produits en Chine, tel qu'explicité dans le Working Party Report, qui stipule qu'une société étrangère autorisée à importer des produits en Chine, ne sera pas forcément approuvée par les autorités chinoises, pour distribuer ces produits. Les droits d'import/export seront accordés à tout type d'entreprises, qu'elles soient purement chinoises ou à investissement étranger, de même que pour les sociétés étrangères sans présence en Chine. La procédure actuelle d'approbation gouvernementale ne sera plus nécessaire et le droit d'import/export ne sera pas lié au domaine d'activité de la société. La première année, les droits d'import/export demeurent encore soumis à approbation gouvernementale, avec seulement la possibilité d'établir une société à actionnariat étranger minoritaire. Les investisseurs étrangers pourront devenir actionnaires majoritaires après deux ans et établir des sociétés à investissement à 100 % étranger après trois ans. Pendant cette période, la procédure d'approbation habituelle pour les investissements étrangers demeure.

Distribution en gros et de détail. Le plan de libéralisation des services de distribution, incluant la distribution en gros et de détail, suit un format similaire : les sociétés à capitaux mixtes à actionnariat étranger minoritaire devront être autorisées dans un délai d'un an, puis les sociétés à capitaux mixtes à actionnariat étranger majoritaire et finalement les sociétés à investissement à 100 % étranger. Bien que certains produits soient initialement interdits pour les activités de distribution en gros et au détail, presque toutes les interdictions concernant ces produits seront levées à la fin d'une période de cinq ans. Une différence essentielle ici subsiste : la procédure d'approbation gouvernementale de ces sociétés sera maintenue, mais il est attendu que le niveau d'approbation passe au niveau local.

Franchise. Dans les trois ans après l'entrée de la Chine dans l'OMC, les opérations de distribution sous forme de franchise seront autorisées sans restriction.

Services relatifs à la distribution. Les services de location, leasing, inspection, emballage, entretien, réparation, stockage, entreposage et fret s'ouvrent également aux investisseurs étrangers, les règles de l'OMC leur permettent de s'établir dans ces domaines sous forme d'une société à capitaux 100 % étrangers sur une période de quatre ans.

2) La réglementation relative à la distribution

204. L'ouverture bien que considérable n'est pas absolue au jour de l'entrée en vigueur du nouveau règlement. Elle s'est effectuée progressivement à l'inspiration du système juridique des pays occidentaux, à l'instar de celui de la France dans ce secteur. Selon l'article 3 de la loi n° 66-1008 figurant aux articles L-151.1 à L-151.3 du Code monétaire et financier et le décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005, figurant aux articles R-151.1 à R.153.12 du Code monétaire et financier, en effet le Gouvernement français est autorisé, lorsque l'intérêt national l'exige, à prendre, par voie de décrets délibérés en Conseil des Ministres sur proposition du Ministre des Finances, toutes mesures nécessaires afin de réglementer les relations financières entre la France et l'étranger, et si le Gouvernement l'estime nécessaire, toutes opérations de change et d'investissement entre la France et l'étranger pourront être soumises à déclaration – qu'il s'agisse de déclaration a priori ou de déclaration a posteriori-, à autorisation, ou à toute autre forme de contrôle qui pourrait être considérée comme opportune. En conséquence, la violation par les opérateurs, des obligations mises à leur charge, tant par la réglementation des changes que par la réglementation des investissements, entraîne des sanctions pénales³⁴³.

205. Pour respecter ses obligations envers l'OMC, le Gouvernement chinois a commencé à s'attaquer à une immense tâche : réformer ses réglementations nationales qui n'étaient pas en conformité avec l'accord l'OMC si bien qu'un système juridique quasi-complet dans le secteur de distribution est établi³⁴⁴.

³⁴³ Le décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005 a profondément modifié le régime des investissements étrangers en France en étendant la liste des secteurs sensibles et en prévoyant que l'autorisation préalable du ministre de l'Economie peut être assortie de conditions.

³⁴⁴ Une liste des réglementations principales du Gouvernement chinois dans le secteur de distribution :

- Circulaire n° 2004-8 du Ministère du Commerce (MOC) -- Les méthodes de l'administration par les investissements étrangers dans le secteur commercial du 1er juin 2004 ;
- Circulaire n° 2004-30 du MOC -- Règles supplémentaires concernant «Les méthodes de l'administration pour les investissements étrangers dans le secteur commercial – le Circulaire n°2004-8» ;
- Circulaire n° 2005-94 du MOC relatif à l'autorisation des autorités locales sur les entreprises commerciales à capital étranger ;
- Circulaire n° 2005-102 du MOC relatif à l'autorisation des zones d'exploitation économique et technologique à l'échelle nationale des entreprises commerciales à capital étranger ;

A l'instar de La Loi du commerce étranger du 6 avril 2004 amendée, subsiste une liste de produits (comprenant les médicaments, les insecticides...) dont la distribution ne sera ouverte aux investisseurs étrangers qu'à compter du 11 décembre 2004 voire du 11 décembre 2006 pour certains d'entre eux (notamment les engrais chimiques, l'essence, le pétrole brut ...) ³⁴⁵.

206. Synthétiquement, les conditions pour entrer sur le marché chinois en tant qu'entreprise étrangère de distribution sont les suivantes : les entreprises d'investissement étranger de distribution

- doivent avoir bonne réputation et bon crédit, ne pas contrevenir aux lois, aux règlements administratifs, ni aux réglementations pertinentes de la Chine ;

- doivent satisfaire aux conditions suivantes si elles veulent s'implanter en Chine :

- a) être munies du capital social minimum conformément à la Loi des Sociétés ;

- b) se conformer aux réglementations à propos de capital social et du fonds total des entreprises étrangères ; c) le délai d'activité en général ne dépasse pas 30 ans, sauf pour l'investissement dans la région nord-ouest de la Chine, où le délai d'activité en général ne dépasse pas 40 ans.

- doivent satisfaire aux conditions suivantes si elles veulent créer des magasins :

- b) la demande de la création de magasin est soumise à l'autorisation administrative qui l'examine selon les réglementations de l'urbanisation et le développement commercial urbain ; b) après l'autorisation, elles doivent être soumises au contrôle annuel des entreprises étrangères de distribution ; c) elles doivent avoir fait l'apport complet de l'investissement.

- L'article 3 du Règlement complémentaire du MOC relatif à la création des sociétés d'investissement par les entreprises étrangères ;

- Règlement provisoire n° 2000-6 relatif à l'investissement dans le territoire chinois des entreprises étrangères d'investissement ;

- Règlement n° 2006-10 relatif à l'acquisition des entreprises internes par les investisseurs étrangers,

- La Loi des sociétés (modifiée en 2005) ;

- La Loi concernant les entreprises à capitaux mixtes sino-étrangers modifiée en 2001 ;

- Directives sur l'application de la Loi concernant les entreprises à capitaux mixtes sino-étrangers (modifiées en 2001) ;

- La Loi concernant les entreprises conjointes de coopération (ou joint-ventures contractuels) ;

- Directives sur l'application de la Loi concernant les entreprises conjointes de coopération (ou joint-ventures contractuels) ;

- La Loi concernant les entreprises à capitaux étrangers modifiée en 2000 ;

- Directives sur l'application de la Loi de R.P.Chine concernant les entreprises à capitaux étrangers modifiées le 12 avril 2001 ;

- La Loi du commerce étranger du 6 avril 2004 (Foreign Trade Law).

³⁴⁵ Le Circulaire n° 2004-8 -- Les méthodes de l'administration des investissements étrangers dans le secteur commercial du 1er juin 2004.

207. Comme tous les pays occidentaux, l'administration chinoise se réserve le droit de contrôler la création, l'extension et la durée des réseaux de distribution développés par des investisseurs étrangers. En effet, la création d'une société à investissements étrangers de distribution est toujours soumise à approbation et une autorisation sera également nécessaire pour l'ouverture de chaque nouveau magasin. Et il va sans dire que cette autorisation ne supprime pas les autres contraintes légales ou administratives liées au droit des sociétés (notamment les conditions de capital social minimum contraignantes pour les PME mais considérablement abaissées pour être alignées sur celles applicables aux sociétés chinoises), à la politique d'urbanisme ou de gestion des terrains publics.

B. Le secteur immobilier

208. L'envahissement massif du capital étranger dans le marché immobilier accentue la crise latente d'économie en bulle dans le secteur immobilier.³⁴⁶ Conscient du problème, le Gouvernement essaie de contrôler la situation. Décisions nationales, communications locales, les autorités chinoises ont multiplié les restrictions de l'accès des étrangers au secteur immobilier.

1. Façons des investisseurs étrangers d'accéder au marché immobilier

209. Les investisseurs étrangers et des particuliers étrangers sont fortement en activité sur le marché. A partir de 2006, les investisseurs étrangers surgissent massivement sur le marché immobilier chinois. Parmi ces investisseurs internationaux puissants, figurent Morgan Stanley, Goldman Sachs Group, Macquarie Bank, United Bank of Switzerland, Citibank, ING, Merrill Lynch, RREEF, DIFA, Warburg Pincus, Softbank, the Carlyle Group et Capitaland, etc. Pour accéder au marché chinois immobilier, ces investisseurs étrangers ont utilisé les cinq procédés suivants :

Première façon : l'achat direct des propriétés immobilières pour les revendre. Par exemple, en 2005, Morgan Stanley a réalisé l'achat d'un immeuble-bureau à Beijing pour 400 millions de yuans RMB (soit 40 millions euros) au mois d'avril ;

³⁴⁶ Il est impossible d'estimer qu'il y a combien de dollars de fonds étrangers spéculatifs dans le secteur immobilier de Chine, Pourtant un exemple peut bien illustrer son importance dans ce secteur. Les observateurs constataient qu'en les six premiers mois de 2006, il y avait 24 milliard dollars de fonds étrangers évacuaient de façon inattendue et incompréhensible du secteur. En tout état de cause, de nombreux facteurs peuvent affecter l'avance et le recul du fonds spéculatif étranger qui n'a pour but que spéculer à la hausse ou la baisse dans ce secteur. Sans un système pour contrôler et surveiller les capitaux étrangers spéculatifs, il n'existe pas un marché mûr immobilier.

une superficie de 40 mille m² à Shanghai en juin pour 850 millions de yuans ; une acquisition de la Tour de Commerce international de Shanghai pour 90 millions USD en septembre ; un achat de l'Esplanade de Tianmin à Shanghai pour 3.2 milliards de yuans en septembre. Pour Macquarie Bank, l'achat de centres de commerce dans 9 villes dans la région côtière pour 3.8 milliards de yuans en juillet ; l'achat de la Tour de Xinmao de Shanghai pour 800 millions de yuans, l'acquisition de l'Hôtel de ville de Shanghai en septembre pour 400 millions de yuans; pour Goldman Sachs Group, l'achat de la Tour de BAITENG de Shanghai pour 890 millions de yuans ; DIFA en août 2005 l'achat du Centre de Lion chinois de Shanghai pour 720 millions de yuans.³⁴⁷

La deuxième façon d'entrer sur marché immobilier chinois est la coopération en actions et en capital avec des établissements chinois. Par exemple, la coopération entre Warburg Pincus et Soleil100, FULI Propriété Immobilière, Vert-Cité de Zhejiang, Beijing Rongke atteint un montant de 1 milliard de dollars USD ; une stratégie de coopération est créée entre Merrill Lynch et Beijing Yintai, Nanjing Fengshang ; le projet d'investissement immobilier dans la province de Shandong est déclenché par la coopération de Risingstar Holdings et Citic Bank.

La troisième façon d'investir le marché immobilier chinois est de verser des capitaux aux établissements chinois d'immobilier, par exemple, 225 millions de dollars de RREEF au projet de résidence 'Haute-cité de ZhongZhu' de Zhuhai ; le versement conjoint de capitaux par Softbank Asia et Carlyle Group soit 45 millions de dollars à Shunchi ; Merrill Lynch et Citibank se mettent en recherche de projets alléchants d'investissement.

La quatrième façon d'investir en Chine dans le secteur immobilier est de créer un établissement à participation exclusivement étrangère. Dans cette catégorie, il y a Capitaland qui crée une entreprise d'exploitation immobilière à Beijing, dont le capital investi atteint 7.8 milliards de yuan RMB.

La cinquième façon d'investir est l'exercice des activités de crédit immobilier par les banques étrangères déjà installées en Chine. Parmi ces banques étrangères, la branche de Beijing de la Banque Est-Asie réalise 30% de ses activités dans le crédit

³⁴⁷ Selon la statistique du Ministère du Commerce de 2005, il y avait 2119 projets de coopération sino-étrangère dans l'exploitation dans le secteur immobilier dont le capital contractant atteint 19.4 milliard dollars, le capital réalisé effectivement est 5.418 milliards dollars.

immobilier. Citibank, Wing Hang Bank, Hang Seng Bank, CITIC Ka Wah Bank à Guangzho et Shanghai ont commercé aussi à intervenir dans le crédit immobilier.

2. La réglementation dans le secteur immobilier

210. Quelques règlements importants dans le secteur méritent d'être mentionnés :

Avis sur la régulation par l'administration de l'accès des investissements étrangers au marché immobilier, publié conjointement par le Ministère de la construction, le MOC, la Commission nationale de Développement et Réforme, la Banque populaire de Chine, l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce (AIC), l'Administration d'Etat de Devise étrangère, en juillet 2006 (fameuse circulaire n° 171).

Avis sur l'Administration et la Régularisation de l'Accès du Capital Etranger au Marché Immobilier, publié conjointement par le Ministère de construction, le Ministère des affaires commerciales, la Commission nationale de Développement et Réforme, la Banque populaire de Chine, le Bureau générale d'Etat de Gestion administrative sur l'Industrie et le Commerce, l'Administration d'Etat de Devise étrangère, en août 2006

Circulaire sur la régularisation de la surveillance et le contrôle renforcé pour la ratification des investissements étrangers directs dans le secteur immobilier, publié conjointement par le Ministère des affaires commerciales et l'Administration d'Etat de Devise étrangère le 11 juin 2007.

Circulaire du Service général du Bureau de Devise étrangère relative à la liste de premiers projets d'investissement étranger dans le secteur immobilier qui ont obtenu l'autorisation et le registre du MOC le 10 juillet 2007, - connu dans ce secteur comme la Circulaire n°130.

Ces règlements ont institué des mesures restrictives à l'investissement étranger. Il nous permet de faire état de quelques points :

1) Le principe de l'acquisition pour l'usage propre

211. La Circulaire n°171 dispose qu'à l'exception des entreprises professionnelles d'investissement dans la propriété immobilière, tous les particuliers qui souhaitent acquérir un bien immobilier ne pourront désormais le faire qu'après avoir répondu à deux conditions : l'une – au moins un an de séjour en Chine avec un statut de résident ; l'autre, ils ne peuvent acheter un bien que pour leur usage propre, c'est-à-dire non destiné à la location par un tiers. En d'autres termes, les étrangers pourront

acheter un bien en tant que résidence principale mais il leur est interdit de le louer. Pour ceux qui travaillent ou font des études d'au moins d'un an en Chine, la location est le seul moyen de résoudre le problème d'habitation. Compte tenu des relations intimes des habitants de Hongkong, Taiwan et Macao ou des Chinois d'outre-mer avec le pays natal continental, un grand nombre de particuliers ne travaillent, ni font leurs études à l'intérieur du pays, mais y vivent depuis longtemps, il est nécessaire pour eux d'acquérir un appartement pour leur propre usage, la Circulaire leur permet de l'acquérir sous réserve de certaines superficies prévues. Avec des mesures qui s'appliquent également aux Chinois, notamment une mise de fonds plus importante pour les appartements de grandes tailles : si l'appartement dépasse 90 m², l'apport personnel doit représenter 30% du prix contre 20% pour un appartement de plus petite taille.

2) Règles sur les professionnels de l'immobilier

212. Pour pouvoir freiner la spéculation sur un marché qui ne cesse de croître, ces textes n'ont pas interdit les investissements étrangers directs dans ce domaine. Seulement les professionnels de l'immobilier doivent aujourd'hui constituer une société de droit chinois pour acquérir des biens dans lesquels ils ont l'obligation de capitaliser moins de 50 % de leurs investissements pour les entreprises au capital social d'un million dollars. Sans le certificat d'autorisation, ni la licence des activités, ils n'ont pas le droit de faire les transactions de propriété immobilière. Les seuls cas de revente concernent des bureaux de représentation ou des succursales étrangères qui mettent fin à leurs activités. Pour ceux qui sont déjà propriétaires d'un bien qu'ils louent ou souhaitent vendre, les textes sont rétroactifs. Les sanctions n'étant pas explicitement prévues dans cette circulaire, elle sera complétée par de futures directives d'activités. Tous les achats et les reventes doivent faire l'objet d'un enregistrement administratif.

3) Régularisation de l'acquisition des entreprises internes par les investisseurs étrangers

213. La Circulaire souligne que les investisseurs étrangers peuvent acquérir une propriété immobilière en Chine par l'achat des actions de la partie chinoise dans l'entreprise à capitaux mixtes. Cette acquisition doit être réglée une fois pour toute sur ses fonds propres ou ses propres capitaux. Autrement dit, il est interdit aux investisseurs étrangers d'emprunter de l'argent aux banques chinoises. Ceux qui ne fournissent pas de travail aux anciens salariés de l'entreprise qu'ils ont acquise,

ceux qui ne peuvent régler les obligations bancaires, et ceux qui ont eu une conduite frauduleuse dans leur commerce ne seront pas autorisés à faire des transactions immobilières en Chine.

L'Administration d'Etat de Devise Etrangère est autorité compétente pour l'enregistrement de la cession des actions et la surveillance du règlement une fois pour toute sur ses propres fonds de l'investisseur étranger.

Pour acquérir un second immeuble, l'apport de départ a été augmenté à 30 %. Il a également été limité à un logement par personne les possibilités d'achat pour les étrangers. On a relevé de 2 à 5 ans la période pendant laquelle une taxe importante est infligée à la revente. On a enfin relevé les taux d'intérêt pour les prêts immobiliers et on a fixé un objectif quantitatif de 70 % de logements inférieurs à 100 m² dans les grandes villes. Ces mesures ont déjà eu pour effet de largement calmer les spéculateurs. L'objectif de cette action est également de recadrer le marché de l'immobilier vers les salaires modestes. En effet, seules les acquisitions à long terme sont désormais intéressantes, mais les garanties que suppose la propriété en Chine sont insuffisantes.

4) L'exigence de l'économie d'énergie

214. Les initiatives d'économie d'énergie sont obligatoires dans toute demande d'investissement immobilier en Chine à partir du 1^{er} janvier 2007, alors que le pays cherche à améliorer l'efficacité énergétique. L'approbation des demandes d'investissement immobilier sera davantage soumise aux exigences de l'économie d'énergie. Les nouvelles règles pour l'économie d'énergie exigent que toutes les demandes d'investissement immobilier soient accompagnées de données concrètes sur la consommation d'énergie. La Circulaire renforce la supervision administrative et les sanctions pour les entreprises qui échouent à se conformer aux réglementations. La Chine a fixé l'objectif d'une réduction de la consommation d'énergie de 20% pendant le 11^e quinquennat (2006-2010). L'évaluation des projets immobiliers évitera le gaspillage d'énergie et forcera les promoteurs à adopter de récentes technologies écologiques³⁴⁸.

Cependant, toutes ces mesures n'ont pas pu refréner l'envolée des prix immobiliers. On attend alors de nouvelles réglementations du Gouvernement chinois.

³⁴⁸ Xinhua News Agency, 21/12/2006.

215. Dans les autres secteurs libérés sous condition, l'investissement étranger continue à s'accroître. Par exemple, dans le secteur du transport, depuis juin 2002, la part des sociétés étrangères dans le capital des compagnies aériennes chinoises peut atteindre 49% (au lieu de 35%) sous forme de joint-venture contractuelle ou toute autre forme d'investissement courant. A partir de juillet 2005, les entreprises étrangères peuvent participer à la construction, l'exploitation, la maintenance, l'amélioration des chemins de fer chinois et entrer dans le secteur des assurances en créant leur propre société ou en s'associant avec des sociétés chinoises.

Avec une économie qui connaît une croissance de 10 % par an, la Chine est devenue plus sélective dans les investissements qu'elle autorise.

Section 2. Transparence du marché chinois

216. L'économie de marché s'établit sur la base du développement du marché dont le bon fonctionnement est manifesté par la transparence. Cependant, la transparence du marché ne saurait être acquise automatiquement. Elle a besoin des véhicules de l'information et de la cristallisation des informations sur le marché (§2). Dans le cas particulier en Chine, c'est à partir des engagements faits à l'OMC que l'on a commencé à accepter le concept de la transparence du marché (§1).

§1. Engagement chinois du principe de transparence de l'OMC

217. Il s'avère nécessaire de faire une description préalable du principe général de transparence dans les Accords de l'OMC (I) avant d'étudier spécifiquement les engagements de la Chine en la matière (II).

I. Le principe de transparence de l'OMC

218. Le principe de transparence est un des principes fondamentaux et un impératif nécessaire pour assurer le caractère ouvert et prévisible des politiques commerciales au sens général de l'OMC. Il a pour finalité l'élimination des barrières au commerce des marchandises. Les accords de l'OMC prévoient quatre procédures pour y atteindre : la procédure de la publication, de la notification, des rapports rendus, et de l'établissement des points d'information. C'est aussi une obligation que tous les Etats Membres ou Parties intéressées s'engagent à assumer.

219. En ce qui concerne la procédure de la publication, parmi les accords de l'OMC, l'article 10 du GATT 1994, l'article 3 du GATS et l'article 63 du TRIPS sont les clauses – clés à propos de l'obligation du principe de transparence et de la procédure transparente dans les domaines du commerce des marchandises, du commerce des services et de la propriété intellectuelle. Conformément à ces dispositions, chaque Membre doit publier dans les moindres délais et, sauf en cas d'urgence, au plus tard au moment de leur entrée en vigueur, toutes les mesures d'application générale pertinentes qui visent ou qui affectent le fonctionnement des accords conclus avec l'OMC ; les accords internationaux visant ou affectant le commerce des biens et celui de services et dont un Membre est signataire seront également publiés.

En tant qu'approche pour réaliser la transparence, la publication exigée par l'OMC se borne à quatre éléments essentiels : d'abord, le contenu de la publication concerne les lois et les règlements adoptés et appliqués, les décisions finales judiciaires et administratives appliquées par les Etats membres ; ensuite, l'objectif de la publication est de faire connaître les politiques, les lois et les règlements intéressant les personnes physiques ou morales des Etats membres ; puis, le délai de la publication doit répondre à l'exigence de promptitude, autrement dit, les Etats membres ne sont tenus à publier leurs lois, règlements, décisions qu'après qu'ils sont entrés en vigueur. (Mais, l'Accord de l'adhésion de la Chine à l'OMC en dispose différemment³⁴⁹). De surcroît, il existe une exception dans les exigences de la publication. C'est que tous les Etats membres ont un pouvoir discrétionnaire de ne pas publier des données confidentielles concernant leurs intérêts publics, ou susceptibles de porter atteinte à leur législation et aux intérêts légaux commerciaux des entreprises.

220. Quant à la procédure de notification, une autre approche vitale pour réaliser la transparence au sens de l'OMC, les règles apparaissent dans plusieurs rubriques des règlements de l'OMC. Quelques exemples peuvent bien l'illustrer :

Dans la « Décision sur les Procédures de Notification », les membres soulignent la nécessité d'améliorer le fonctionnement des procédures de notification et s'engagent à la transparence de leurs politiques commerciales et à l'efficacité des

³⁴⁹ *Infra.* n° 226. Il exige que la Chine doive publier d'avance tous ses lois, règlements, décisions qui sont susceptibles d'affecter les commerces des marchandises, des services, et ses réglementations à l'égard de devise étrangère.

dispositifs de surveillance établis à cette fin, en assumant leurs obligations en matière de publication et de notification découlant de l'Accord sur l'OMC. L'Accord sur la Sauvegarde permet aux Etats membres de notifier au Comité des sauvegardes toutes les lois, réglementations et procédures administratives et toutes mesures ou décisions visées par le présent accord qui n'auront pas été notifiées par d'autres Membres qui sont tenus de le faire en vertu du présent accord. L'Accord sur les Procédures de Licences d'Importation et l'Accord général sur le Commerce des Services ne manquent pas, eux non plus, de dispositions de tel genre.

Quatre caractéristiques sont remarquables dans la procédure de notification : 1) à propos du contenu des notifications, il s'agit d'une vague et large sphère concernant les mesures de décisions concrètes, les lois, réglementations et procédures administratives. 2) les organes à qui les notifications s'adressent sont toujours spécifiquement désignés par les Accords concernés. 3) la langue de notification est une des langues officielles de l'OMC, telle qu'anglais, français ou espagnol³⁵⁰. 4) une autre façon de notification - contre notification y existe³⁵¹.

221. S'agissant la procédure de rapport, plusieurs accords multilatéraux possèdent les dispositions à cet égard. Le paragraphe D de « Mécanisme d'Examen des Politiques Commerciales » dispose que, afin de parvenir à une transparence aussi complète que possible, chaque Membre présentera régulièrement un rapport à l'Organisme d'Examen des Politiques commerciales. Prévu par l'article 11 du Mémoire d'Accord sur l'Interprétation de l'article XXIV du GATT de 1994, les unions douanières et les entités constitutives des zones de libre-échange feront des rapports périodiques au Conseil du commerce des marchandises, ainsi que les Parties contractantes du GATT de 1947 l'avaient envisagé dans l'instruction donnée au Conseil du GATT de 1947 au sujet des rapports sur les accords régionaux et sur leur fonctionnement.

La procédure de rapport exige l'intégralité du contenu, la normalisation de la forme, le délai exact imparti pour le rapport et l'organe précis à qui les rapports s'adressent.

³⁵⁰ Quand à la Chine, elle doit se servir d'un ou plusieurs langues dans la procédure de notification.

³⁵¹ Le Mémoire d'Accord sur l'Interprétation de l'Article XVII du GATT de 1994 dispose que «*Tout Membre qui aura des raisons de croire qu'un autre Membre n'a pas satisfait de manière adéquate à son obligation de notification pourra examiner la question avec le Membre concerné. Si la question n'est pas réglée de façon satisfaisante, il pourra présenter une contre-notification au Conseil du commerce des marchandises pour que le groupe de travail établi en application du paragraphe 5 l'examine; simultanément, il en informera le Membre concerné*».

222. **En matière de points d'information**, chaque Etat membre a l'obligation d'établir des points d'information afin de répondre à toute demande raisonnable de renseignements émanant d'autres Membres ou de parties intéressées chez d'autres Membres et de fournir les documents pertinents.³⁵² On trouve les règles à l'égard des points d'information dans l'« Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce », ainsi que dans la « Transparence des réglementations Sanitaires et Phytosanitaires ».

II. Engagements spéciaux de la Chine au principe de transparence de l'OMC

A. Les particularités des engagements chinois en matière de transparence

223. Au cœur du Protocole d'accession chinois se trouvent les principes fondamentaux d'application uniforme des engagements consentis, de transparence et de contrôle judiciaire impartial et indépendant des actes administratifs relatifs au droit OMC. L'application du principe de transparence est la clé des clés qui rendra bien huilée l'application des deux autres principes. Par le biais de ces principes, l'OMC n'en sert pas moins à la réforme du droit chinois.

Au vu du Protocole d'accession de la République Populaire de la Chine³⁵³ chinois et du Rapport du Groupe de travail (RGT) de l'accession de la Chine³⁵⁴, on voit que la Chine accepte que la transparence concerne une vaste sphère. L'engagement chinois le plus remarquable à cet égard est illustré dans les paragraphes 331-334 et 336 du RGT et l'article 2 (C) du Protocole d'accession chinois puisqu'il a ses particularités par rapport aux engagements généraux de l'OMC en la matière.

Selon ces dispositions, au-delà des obligations communes à tous membres de l'OMC, que la Chine doit assumer sans aucune réserve, elle s'engage encore trois à autres obligations supplémentaires de l'OMC (WTO-plus obligation).

*1. La création d'une période raisonnable pour la présentation de toutes observations du public devant les autorités compétentes avant la mise en application des mesures concernées*³⁵⁵

³⁵² Article 10 de Renseignements sur les règlements techniques, les normes et les procédures d'évaluation de la conformité de l'Accord sur les Obstacles techniques au Commerce.

³⁵³ WT/L/432, Décision du 10 novembre 2001.

³⁵⁴ WT/ACC/CHN/49, 01 octobre 2001.

³⁵⁵ L'article 2 (C) du Protocole d'Accession de R.P.Chine à l'OMC.

224. Dans le cadre de l'OMC, il n'y a que deux accords qui possèdent ce genre d'obligation : l'Accord sur les Obstacles Techniques au Commerce et l'Accord sur la Transparence des Réglementations Sanitaires et Phytosanitaires.³⁵⁶ Quand au Protocole de l'Accession de Chine à l'OMC, cette obligation faite à la Chine est de beaucoup renforcée et perfectionnée sous quatre aspects :

1) Large étendue du contenu des observations du public : Cette obligation veut que la Chine offre au public une période raisonnable avant l'application de toutes les lois, réglementations et mesures qui sont susceptibles d'affecter le commerce des marchandises, des services, les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et les mesures de contrôle de devise étrangère pour que celui-ci puisse les commenter devant les autorités compétentes. Le commentaire du public ne se borne pas à des règlements techniques, à regarder si ces règlements ont affecté le commerce entre Etats Membres, il s'étend à toutes les lois, les réglementations, les mesures au regard de l'OMC. Le contenu de commentaire du public est donc largement étendu.

2) La diversité des observateurs : L'éventail des commentateurs potentiels est élargi. Non seulement les Etats Membres ont le droit de donner leur avis sur les lois, les réglementations, les mesures qui sont publiées par la Chine et qui ne sont pas entrées en vigueur, mais les personnes morales – les entreprises, même les personnes physiques - les individus en ont aussi le droit.

3) Les observations : Il n'existe aucune disposition sur la forme à adopter pour commenter, donner un avis, poser des questions aux autorités compétentes chinoises, ni dans le Protocole, ni dans le RGT. Par conséquent, tout peut être utilisé : écrit, oral, courriel, etc., pour faciliter le déroulement de la procédure de commentaire par le public.

4) L'incidence importante des observations : Même si aucun article du Protocole d'Accession chinoise à l'OMC et de RGT n'impose de prendre en considération les opinions publiques des Etats membres, des entreprises et des individus, les opinions et les commentaires du public, particulièrement des entreprises et des individus qui sont intéressés plus directement que les Etats membres, pourraient être plus pertinents et avoir plus d'influence sur la société chinoise en exerçant une pression directe sur l'autorité législative du pays.

³⁵⁶ L'obligation de ces deux accords vient de l'incohérence entre règlement technique chez l'Etat membre et le standard technique international, cette incohérence étant susceptible de porter atteinte au commerce entre Etats membres.

2. L'obligation de répondre à la demande publique de renseignement dans un délai fixé

225. Dans le cadre de l'OMC, il y a deux articles qui instituent le délai fixé pour répondre à la demande publique de renseignement. Ce sont l'article 3.4 de l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS) et l'article 63.3 des Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui Touchent au Commerce (ADPIC).³⁵⁷

A la différence de ces deux accords, l'obligation de répondre à la demande publique de renseignement dans un délai fixé donne à la Chine une exigence beaucoup plus concrète, et stricte sur trois points : les sujets des droits de demande de renseignement sont non seulement les Membres de l'OMC, mais peuvent aussi être les entreprises et les individus ; le délai de la réponse étant beaucoup plus strict que celui dans les dispositions générales dans l'AGCS et l'ADPIC, la Chine doit répondre à la demande de renseignements provenant des Membres, des entreprises et des individus intéressés dans un délai de 30 jours ouvrables, dans certains cas spécifiques, elle peut l'accomplir dans 45 jours ouvrables. Au cas où elle diffère sa réponse, elle doit transmettre aux demandeurs une notification écrite motivée ; la qualité de la réponse aux entreprises et individus exigeant une haute exactitude et crédibilité, la réponse chinoise aux demandes des autres Membres de l'OMC doit être complète et représenter l'opinion autorisée du Gouvernement chinois. Cela faisant, la transparence améliorée facilitera la compréhension et l'application des lois et des réglementations.

3. La traduction de toutes les réglementations, les lois, les mesures concernées en d'autres langues officielles de l'OMC

226. Dans le cadre du système de l'OMC, les Membres n'ont pas le devoir de traduire leurs lois, réglementations, mesures qui affectent le commerce des marchandises, des services en une des langues officielles de l'OMC, français, anglais ou espagnol. Autrement dit, la traduction des lois, réglementations, toutes mesures qui affectent le commerce des marchandises, des services en une des langues officielles de l'OMC n'est

³⁵⁷ Selon ces deux articles, chaque Membre répondra dans les moindres délais à toutes les demandes de renseignements spécifiques émanant de tout autre Membre et concernant telle ou telle de ses mesures d'application générale (existence, portée, acquisition des droits que les autres Membres détiennent au sens des accords mentionnés et moyens de les faire respecter, prévention d'un usage abusif de ces droits) ou tout accord international au sens de ces deux accords. Il devra établir aussi un ou plusieurs points d'information chargés de fournir aux autres Membres qui en feront la demande des renseignements spécifiques sur toutes ces questions. Ces points d'information seront établis dans les deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC (dénommé dans le présent accord l'"Accord sur l'OMC"). Un Membre qui a des raisons de croire qu'une décision judiciaire ou administrative ou un accord bilatéral spécifique affecte les droits qu'il détient au sens de ces deux accords pourra demander par écrit à avoir accès à cette décision judiciaire ou administrative ou à cet accord bilatéral spécifique ou à en être informé d'une manière suffisamment détaillée.

pas une obligation générale pour ses Membres. Au contraire, il existe des dispositions sur l'utilisation de leurs propres langues officielles. Par exemple, le paragraphe 11 de l'Annexe B de la Transparence des Réglementations sanitaires et phytosanitaires dans le Réserves générales, dispose qu'«*Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme imposant: a) la communication de détails ou de textes de projets ou la publication de textes dans une autre langue que celle du Membre, sous réserve des dispositions du paragraphe 8 de la présente annexe*». Et l'article 63.1 de l'ADPIC demande aux Membres de publier leurs lois et réglementations et les décisions judiciaires et administratives finales d'application générale, rendues exécutoires dans leur langue nationale de façon à permettre aux gouvernements et aux détenteurs de droits d'en prendre connaissance.

Selon le Protocole d'Accession de la Chine à l'OMC et le RGT, la Chine s'engage à ce que seuls soient appliqués les lois, règlements et autres mesures visant ou affectant le commerce des marchandises, les services, les ADPIC ou le contrôle des changes qui sont publiés dans une ou plusieurs langues officielles de l'OMC afin que les autres Membres de l'OMC, les personnes physiques et les entreprises puissent en avoir facilement connaissance. En outre, elle portera à la connaissance des autres Membres de l'OMC, si demande lui en est faite, toutes lois, tous règlements et toutes autres mesures qui visent ou qui affectent le commerce des marchandises, les services, les ADPIC ou le contrôle des changes avant que de telles mesures soient mises en œuvre ou appliquées. A propos des licences d'import/export, les exemplaires des communications qui seront remis à l'OMC pour distribution à ses Membres doivent être établis dans une ou plusieurs langues officielles de l'OMC. Quant à la sphère de ces lois, règlements, et autres mesures, il est loin d'être anodin, puisqu'il s'agit de tous les lois, règlements et autres mesures élaborées par les organes compétents selon la Constitution et la Loi sur la Législation de RPC qui comporte 8 organes législatifs (dont 4 grades), une trentaine d'organes du pouvoir pour les règlements spécifiques et locaux. Alors, la traduction de ces documents est une gigantesque tâche pour le Gouvernement chinois. Loin de se soustraire à son obligation internationale dans le cadre de l'OMC, la Chine s'est engagée dans la traduction de tous les documents.

227. En outre, tout comme l'Europe et les Etats-Unis qui ont fait valoir lors de la ratification des accords qu'ils ne produiraient aucun effet direct dans l'ordre interne³⁵⁸, il

³⁵⁸La jurisprudence récente de la Cour de Justice des communautés européennes vient confirmer cette pratique.

en résulte donc pour la Chine une obligation très large d'introduire des normes OMC dans son droit interne et de les traduire en langue chinoise. En somme, les engagements de la Chine à l'OMC lors de son accession représentent un nouveau pas dans le développement du principe de transparence dans le commerce international.

La Chine reconnaît l'existence d'un droit international à portée universelle depuis le début du déclenchement de la politique d'ouverture et de réforme. Le droit chinois permet de considérer que la Chine reconnaît implicitement la supériorité des traités sur le droit national : dans l'hypothèse où un traité international auquel l'Etat chinois a adhéré en tant que pays signataire ou pays participant comporte des dispositions différentes du droit civil chinois, les dispositions dudit traité seront applicables, sauf celles sur lesquelles la Chine aurait fait des réserves³⁵⁹. Le principe '*pacta sunt servanda*' ne manquera pas son effet en Chine, notamment dans le cadre de l'OMC qui est étroitement liée au développement économique de la Chine.

En conclusion, la transparence est un des principes fondamentaux de l'OMC. Elle fait l'objet de nombreuses dispositions dans les Accords constituant cette organisation et constitue un élément crucial pour l'ensemble de son système. En effet, l'adhésion de la Chine à l'OMC va certainement avoir des impacts importants sur l'amélioration de la transparence de son marché.

B. Obligations supplémentaires de la Chine en matière de transparence

1. Six aspects des obligations supplémentaires

228. Les dispositions spécifiques sont celles concernant la transparence dans les articles du Protocole d'accession sur des secteurs particuliers du commerce. Elles se trouvent notamment dans les domaines du commerce d'Etat, le régime de licences d'importation et d'exportation, le contrôle des prix, les subventions, l'agriculture, les obstacles techniques au commerce, les mesures sanitaires et phytosanitaires et le mécanisme d'examen.

229. Commerce d'Etat. La Chine fera en sorte que les procédures en matière d'importation des entreprises commerciales d'Etat soient pleinement transparentes et conformes à l'Accord sur l'OMC. Elle fournira aussi des renseignements complets sur les mécanismes de fixation des prix de ses entreprises commerciales d'Etat en ce qui concerne les marchandises d'exportation.

³⁵⁹L'article 142 des Principes généraux du droit civile de la République populaire de Chine de 1986.

230. Régime de licences d'importation et d'exportation. La Chine s'engage à prendre les mesures suivantes :

- publier régulièrement dans le journal officiel, **(a)** la liste, par produit, de toutes les organisations y compris celles auxquelles les autorités nationales ont délégué un tel pouvoir, qui sont chargées d'autoriser ou d'approuver les importations ou les exportations, que ce soit en délivrant une licence ou par une autre autorisation; **(b)** les procédures à accomplir et les critères à remplir pour obtenir de telles licences d'importation ou d'exportation ou autres autorisations, et les conditions qui doivent être réunies pour décider si elles doivent être délivrées ; **(c)** une liste de tous les produits soumis à des prescriptions en matière d'appel d'offre, y compris des renseignements sur ces produits et sur toutes modifications de ces listes ; **(d)** une liste de toutes les marchandises et technologies dont l'import/exportation fait l'objet de restrictions ou de prohibition, y compris toutes modifications apportées à cette liste. Des exemplaires de ces communications en une ou plusieurs langues officielles de l'OMC seront remis à cette dernière dans les 75 jours après leur publication.

- notifier à l'OMC toutes les prescriptions en matière de licences et de contingents qui restent en vigueur après son accession, et les raisons justifiant le maintien de la restriction ou la date à laquelle il est prévu d'y mettre fin.

- communiquer au Comité des licences d'importation la notification relative à ces procédures de licences d'importation, et présenter chaque année au Comité un rapport sur ces procédures en expliquant les circonstances qui sont à l'origine de ces prescriptions et en justifiant la nécessité de leur maintien.

231. Contrôle des prix. La Chine publiera au Journal Officiel la liste des biens et services soumis au système de fixation des prix par l'Etat et les modifications y apportées.

232. Subventions. La Chine notifiera à l'OMC, d'une façon aussi précise que possible, toute subvention au sens de l'article premier de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (l'Accord SMC), accordée ou maintenue sur son territoire.

233. Agriculture. La Chine notifiera, dans le cadre du mécanisme d'examen transitoire, les transferts fiscaux et autres entre entreprises publiques du secteur agricole et autres entreprises qui fonctionnent comme des entreprises commerciales d'Etat dans le secteur agricole.

234. Obstacles techniques au commerce. La Chine publiera au Journal Officiel tous les critères formels et informels qui constituent la base d'un règlement technique, d'une norme ou d'une procédure d'évaluation de la conformité. Elle publiera également et

mettra à la disposition des autres Membres de l'OMC, des personnes physiques et des entreprises des renseignements complets sur les fonctions respectives de ses organismes et services d'évaluation de la conformité. Dans le cadre d'examen transitoire prévu par le Protocole d'accession, la Chine sera soumise durant huit ans après son accession à l'examen annuel de l'état de conformité de ses politiques commerciales avec les Accords de l'OMC et les dispositions du Protocole d'accession. Elle devra fournir, lors de l'examen, les renseignements concernant les six catégories, à savoir : données économiques ; politiques économiques ; institution d'élaboration et d'application des politiques ; politiques concernant le commerce des marchandises ; politiques concernant le commerce des services et mesures sur les propriétés intellectuelles concernant le commerce.

235. Et selon les règles de l'OMC, la Chine, en tant que quatrième puissance commerciale, devrait se soumettre à l'examen de ses politiques commerciales tous les deux ans même au bout de la période transitoire. Une lecture des dites dispositions en comparaison avec celles des Accords de l'OMC permet de conclure que les obligations et engagements en terme de transparence qui pèsent sur le Gouvernement chinois constituent un cadre de règlement assez complet et détaillé dont la portée horizontale (champ d'application) et verticale (profondeur) dépasse largement le cadre du droit commun. Le niveau de transparence exigé dans ces obligations et engagements dépasse également celui atteint par les administrations chinoises avec les efforts des dernières années. La mise en oeuvre de ces dispositions apportera certainement une contribution positive à l'amélioration de la transparence dans la réglementation économique en particulier et dans l'ensemble de l'administration publique en général en Chine.

2. Accomplissement des engagements chinois en matière de transparence

1) Performance dans son ensemble

236. L'application du principe de transparence accompagnée par l'application uniforme des engagements consentis et l'application du contrôle judiciaire impartial et indépendant des actes administratifs relatifs au droit OMC a contribué à la mise en place d'un Etat de droit dans la mesure où elle requiert des changements sans précédents dans quasiment tous les domaines du droit.

Depuis 1999 l'Assemblée populaire nationale (APN) et le Conseil des Affaires d'Etat se sont attelés à modifier, abroger et adopter lois, mesures administratives et réglementations. A l'échelle nationale, à la veille de l'adhésion de l'OMC, 26 nouvelles

réglementations étaient formulées, 140 lois et règlements nationaux amendés et 573 autres abolis. A l'échelle provinciale, à la fin du mois juin de 2002, ont été mis en examen plus de 2 millions de documents législatifs et administratifs dont 190 mille ont été votés, modifiés ou abrogés. De 1999 à 2006, les organes de révision administrative de tous les échelons ont été saisis, de 530 000 affaires administratives pour l'application des règles OMC en Chine. Depuis ces trois dernières années, le gouvernement chinois a pris une attitude sérieuse et responsable et tenu tous ses engagements à l'OMC: l'abaissement dans une grande proportion des droits de douane à l'importation, la suppression de diverses mesures des droits non douaniers et l'ouverture du droit d'exploitation du commerce extérieur. En même temps, la Chine a perfectionné sans cesse son système juridique et amélioré l'environnement de l'investissement. Elle a examiné, pendant trois ans, plus de 2 300 règlements, dont 320 ont été révisés et 830, abrogés. Ces règlements concernent le commerce de troc, le commerce de services, la propriété intellectuelle et les investissements. « *C'est une rénovation profonde, d'envergure qui a une portée grande et durable pour la construction et la modernisation du système juridique de la Chine.* »³⁶⁰

2) Accomplissements concrets

237. Dans le domaine du droit du commerce. Cette nouvelle révolution juridique touche, d'abord théoriquement, tous les aspects du droit du commerce chinois. Bon nombre de domaines clés ont été profondément transformés. Ainsi le 22 juillet 2001, le CAE publie les révisions sur l'application des lois relatives aux entreprises sino-étrangères, et les amendements sur la loi des brevets ; le 1^{er} août 2001, la suppression du contrôle des prix sur 128 catégories de produits différents ; le 22 décembre 2001, le renforcement de l'application des dispositions relatives à la contrefaçon, la révision de la loi sur les marques, les nouvelles réglementations sur l'antidumping, ou encore les dispositions relatives à la représentation des cabinets d'avocats étrangers, participent à ce processus. La China-WTO Notification and Enquiry Center au sein du MOC est créée pour répondre dans un délai de 30 à 45 jours maximum à toutes les questions relatives à l'application du droit OMC après réception d'une demande écrite.

238. Dans le domaine du contrôle judiciaire impartial des actes administratifs. Le deuxième secteur qui est touché par le principe de transparence est l'administration publique. La section 2 intitulée « Administration of Trade Regime » du Protocole

³⁶⁰ L'allocation de WU Hao, vice-directeur de la Direction des Affaires étrangères de la Commission des affaires législatives de Conseil des Affaires d'Etat au cinquième anniversaire de l'adhésion de la Chine à l'OMC, le 10 décembre 2006.

d'accèsion de la Chine s'ouvre donc sur un certain nombre de dispositions consacrées à « *l'administration uniforme* » : « *les dispositions de l'Accord OMC et du présent Protocole doivent s'appliquer à l'ensemble du territoire douanier chinois, y compris les régions commerciales frontalières, les régions de minorités autonomes, les Zones économiques spéciales (ZES), les villes côtières ouvertes, les zones de développement économiques et techniques et toutes autres régions où des régimes spéciaux en matière de droits de douanes, taxes et réglementations sont établis (sous le nom de zones économiques spéciales).* »

L'impératif de transparence posé par le point C du Protocole d'accèsion de la Chine vient renforcer l'idée d'une rationalisation et d'une clarification du droit chinois. La Chine s'engage ainsi à publier un Journal officiel rassemblant « *toutes les lois, règlements et autres mesures relatives au commerce des marchandises, des services, aux accords ADPIC ou au contrôle des changes* ». Une première étape a été franchie en ce sens avec la publication, en anglais et en 16 volumes, de l'ensemble des textes nationaux en octobre 2001. La création du China-WTO Notification and Enquiry Centre correspond par ailleurs aux exigences formulées dans le troisième paragraphe relatif à la transparence. On assisterait donc, peu à peu, à la suppression des fameuses mesures discrétionnaires ('内部', 'neibu') tout au moins dans le domaine des affaires économiques et commerciales ce qui n'est pas tout à fait sans impact sur l'amélioration (ou la dégradation) de la situation du droit du travail et du droit pénal. Enfin, le contrôle judiciaire impartial des actes administratifs relatifs à la mise en œuvre des « lois, réglementations, décisions judiciaires et décisions administratives auxquelles se réfèrent l'Article X : 1 du GATT 1994, l'Article VI du GATS (General Agreement on Trade in Services) et les dispositions pertinentes des Accords TRIPS (Trade Related Intellectual Property) » doit être mis en place.

239. Dans le domaine de l'administration publique. La transparence constitue un des principes essentiels de l'administration publique contemporaine. Elle est un élément essentiel d'une bonne gouvernance publique. Il s'agit d'un système réussi de communication mutuelle à propos des politiques publiques. Elle est « *le résultat de politiques, institutions et pratiques qui canalisent les informations de telle sorte qu'elles servent à rendre les politiques publiques plus accessibles, à augmenter l'efficacité des processus politiques et à réduire l'incertitude en matière de politiques.* »³⁶¹ La mise en

³⁶¹ ZHU Jing: *CHINE: LES IMPACTS DE L'ADHESION A L'OMC SUR LA TRANSPARENCE ADMINISTRATIVE*. Mémoire de master en administration publique (CIL 2004), disponible sur le site : <http://www.ena.fr/index.php?page=ressources/rapports/memoires/2004/chine>.

œuvre de la réforme et de l'ouverture a entraîné une aspiration à l'établissement d'un Etat de droit qui rend impérative la transparence de l'administration publique en Chine³⁶². Cette aspiration aboutit avec l'adhésion à l'OMC après une période de préparation d'envergure qui transforme les administrations publiques à tous échelons du plus bas au plus haut³⁶³.

240. Pour que les fonctionnaires aient une bonne compréhension des accords, le gouvernement chinois a lancé une campagne de formation des fonctionnaires à presque tous les niveaux dans l'administration publique et une campagne de sensibilisation auprès du public. Des centres de formations ont aussi été créés dans les grandes métropoles de Beijing, Shanghai et Guangzhou. Quant à la sensibilisation du public, elle a été mise en oeuvre bien avant l'entrée à l'OMC. Les médias, en suivant attentivement les négociations d'accession, portent progressivement à la connaissance du public les règles de l'OMC et les engagements pris par la Chine. A la suite de l'adhésion officielle, cette sensibilisation s'est intensifiée avec un nombre considérable d'articles consacrés aux analyses des enjeux, d'interprétation des règles de l'OMC, des engagements, etc. Particulièrement en ce qui concerne la transparence, ces formations chez les fonctionnaires et la sensibilisation du public contribuent à la familiarisation du principe de transparence.

³⁶² Le rapport présenté par le secrétaire général du Comité central du Parti communiste chinois (CCPCC) lors du 13^{ième} Congrès en 1987 constitue la première affirmation officielle en faveur de la transparence administrative qui préconise «l'accroissement de la transparence dans les administrations, la communication à la population des grands événements et la participation de la population au débat sur les questions sociales importantes.»

³⁶³ En Chine, l'administration territoriale s'organise officiellement en trois niveaux : province, ville ou préfecture, district. Les districts coiffent des unités de base constituées de bourgs ('镇', 'zhen') et de cantons ('乡', 'xiang'), qui coiffent à leur tour environ 5 millions de villages. Les expérimentations en matière de transparence administrative ont commencé par la zone rurale :

- En 1991, le CCPCC et le Conseil des Affaires d'Etat ont déclaré, dans leur décision conjointe sur le travail dans la zone rurale et les agriculteurs, qu'il fallait établir une administration transparente au niveau des villages ;
- «La loi organique des comités de villageois» du 4 novembre 1998 est mis en application sur l'ensemble de la zone rurale ;
- Le 6 décembre 2000, la construction d'une administration transparente s'est étendue dans les administrations au niveau du bourg et du canton- « Communiquée conjointe du CCPCC et du CAE sur la mise en oeuvre complète de l'administration transparente dans les administrations au niveau du bourg et du canton » ;
- pour améliorer la transparence dans les institutions judiciaires, l'arrêté du 25 octobre 1998 du Parquet Populaire Suprême de Chine prévoit la procédure de publication, les mesures de contrôle, les méthodes de mise en application des règlements publiés ;
- La Circulaire n°43/1999 du 10 juin 1999 de la Police nationale définit de façon explicite les éléments devant être communiqués aux usagers ainsi que les méthodes, les mesures organiques concernant son application et des dispositions de contrôle.
- En janvier 1999, le lancement du projet du «gouvernement en ligne» ; Pendant les 4 ans qui suivent le lancement, plus de 10,000 sites gouvernementaux sur Internet ont été créés selon la *Poste populaire* (un journal chinois, 'Renmin Youdian bao', le 5 mars 2003.
- La création des postes de porte-parole à la Conférence de Consultation politique du peuple chinois(CCPPC) en juin 1983, puis réaffirmée officiellement en 1988, ensuite, une politique de communication et la nomination à grande échelle dans l'administration publique de porte-parole s'est établie en 2003.

Le «Règlement sur la transparence des informations administratives de la municipalité de Guangzhou» (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2003) et le «Projet de règlement sur la transparence des informations administratives de la municipalité de Shanghai» prévoient la primauté de la transparence sur la confidentialité³⁶⁴, ce qui dépasse de loin les obligations imposées par l'entrée à l'OMC et montre la volonté des autorités chinoises d'aller plus loin en terme de transparence.

§2. Rapport de l'information commerciale et la transparence du marché

241. Le marché d'un bien ou d'un service donné peut être défini comme le lieu de rencontre à un instant donné des désirs des consommateurs exprimés par leur demande et des propositions des producteurs ou prestataires exprimés par leur offre. L'accès à l'information de demande et d'offre constitue l'exigence essentielle de la transparence du marché. *« La transparence est la qualité du marché qui permet que les opérateurs disposent des informations nécessaires ou utiles à son fonctionnement. Au stade final de la consommation, la plus grande transparence est souhaitable, le droit de la concurrence comme le droit de la consommation tendent vers la meilleure information possible du consommateur... »*³⁶⁵ L'information et la concurrence sur un marché sont deux sujets majeurs étroitement liés qui décident du destin du marché donné, concurrent ou non concurrent, efficace ou dormant.

Parmi toutes les informations commerciales sur le marché, celle concernant les prix et la qualité des produits qui est la plus importante pour attirer la clientèle doit donc être authentique et franche dans les campagnes publicitaires. Ainsi, le droit sur le prix et le droit sur la publicité sont sans doute des instruments importants pour assurer la transparence du marché (II). Mais, avant tout, toutes ces informations doivent parvenir aux acteurs économiques (professionnels et consommateurs) du marché, ce qui implique différents moyens d'expression, notamment le langage (I).

I. Les véhicules coexistants en langues de l'information

242. Les acteurs économiques peuvent s'informer des données du marché de façons diverses. Image, dessin, langue, son, tous véhicules de l'information du

³⁶⁴ L'article 6 du règlement sur la transparence des informations administratives de la municipalité de Guangzhou et l'article 3 du règlement de la municipalité de Shanghai sur la transparence des informations administratives.

³⁶⁵ Claude Lucas de Leyssac, Gilbert Parleani, *Droit du marché*, 2002 PUF droit, p.132-133.

marché. Parmi eux, les mots et la langue, sert le premier outil de communication indispensable au fonctionnement de ce marché, et jouent un rôle décisif dans la transparence sur ce marché. Dans un pays comme la Chine où coexistent une dizaine des langues différentes à côté de la langue officielle, il est nécessaire de distinguer le rôle de la langue officielle (A) et la position des langues ethniques minoritaires et des mots étrangers empruntés (B) sur le marché chinois.

A. Usage popularisé de la langue Mandarin – le chinois

243. L'usage obligatoire d'une langue courante et principale pour raison économique et culturelle dans un pays est une coutume internationale. Chaque Etat promulgue la loi de l'emploi de la langue courante et principale. Par exemple, en France, il y a la loi 75-1349 du 31 décembre 1975 relative à l'emploi de la langue française qui a été abrogée et remplacée par la loi 94-665 du 4 août 1994. *Son objectif a été très ouvertement double : consumériste et culturel. On laissera de côté l'aspect culturel, fait de composantes multiples : patriotique (« Oui, j'ai une patrie : la langue française », A. Camus), constitutionnelle (« la langue de la République est le français », art.2, al.2 de la Constitution tel que résultant de la loi constitutionnelle de 1992), politique (la loi entend préserver ce « ciment de l'unité nationale » qu'est la langue française, « élément fondamental de la personnalité et du patrimoine de la France » art.1^{er} de la loi)*³⁶⁶. Il y a aussi une action engagée par la Commission européenne contre la France, car la loi de 1975 a pu être comprise et interprétée comme imposant l'utilisation exclusive de la langue française pour tous les produits, nationaux ou importés et ce, à tous les stades du processus économique³⁶⁷.

A la différence de la France et des pays occidentaux, l'emploi officiel et obligatoire de la langue Han ou Mandarin (‘汉语’, ‘hanyu’) n'exclut pas l'usage des autres langues minoritaires qui sont tenues en haute estime et protégées.

1. Situation historique et actuelle

³⁶⁶ *Ibid.* p.234.

³⁶⁷ *Ibid.* Voici leur observation sur l'action : *Une telle lecture de la loi était indéniablement de nature à garantir la protection la plus efficace du consommateur. Mais une réglementation de cette nature qui s'applique indistinctement aux produits nationaux et importés est susceptible de créer des entraves au commerce intracommunautaire, dans la mesure où le producteur étranger est obligé d'apposer des étiquettes spéciales selon les langues parlées dans les pays vers lesquels il exporte ou de traduire les documents qui accompagnent le produit. En tant que telle, elle contrevient donc à l'article 28 du traité et a déclenché une action de la Commission contre la France. La nouvelle loi donne une place aux autres langues en acceptant le multilinguisme.*

244. La Chine a reconnu 56 ethnies dans la composition de la société chinoise. Les Chinois Han représentent 92% de sa population. 55 minorités ethniques sont reconnues officiellement par le Gouvernement central, dont les populations les plus nombreuses sont Zhuang (‘壮族’), Hui (‘回族’), Mongols (‘蒙古族’), Tibétans (‘藏族’), Mandchous (‘满族’) et les peuples turcs variés, y compris Ouïgour (‘维吾尔族’). Trois ethnies ont la même langue – le chinois, ce sont les Chinois Han, les Chinois Hui et les Chinois Mandchous. 50 minorités ethniques ont leurs propres langues. Pour une dizaine d’entre elles qui n’avaient qu’une tradition orale, comme Zhuang, Buyi (‘布依族’), Tong (‘侗族’), Hani (‘哈尼族’), Wa (‘佤族’), Tujia (‘土家族’) etc., un système d’écriture a été forgé par le Gouvernement chinois depuis 1949. Quelques minorités ethniques ont possédé plus de deux langues orales. Il n’existe que 30 langues qui ont les caractères écrits parmi 120 langues en Chine, puisque la plupart des minorités ethniques n’ont pas créé de caractères écrits. Parmi les langues écrites, celles qui ont une histoire relativement longue sont Mongol, Yizhu (‘彝族’), Jingpozu (‘景颇族’), Sulizu (‘傣黎族’) et Ouïgour, etc. Cette diversité rarissime des langues en Chine a deux raisons, les facteurs géographiques et historiques, et la protection délibérée, politique et législative, du Gouvernement chinois à l’échelle nationale.

245. La langue chinoise date de 3000 ans avant notre ère. Son histoire de 5000 ans la rend la plus riche, la plus expressive, la plus précise et la plus mélodique, son système grammatical le plus précis. Elle est aussi à l’origine du japonais, du coréen et du vietnamien tout en restant une source d’inspiration pour ces deux premières langues jusqu’aujourd’hui. Quant au vietnamien, celui-ci garde toujours les quatre tons de la langue chinoise malgré la latinisation de son écriture. La langue chinoise a plusieurs branches dialectales, tel que le cantonais (‘粤语’, ‘yueyu’) qui est parlé par le peuple dans la province Guangdong, et à HongKong ; le Minnan Hua (‘闽南话’) qui est employé dans la province de Fujian et à Taiwan. Le chinois le plus parlé, employé, compris par la quasi-totalité de la population, y compris par les Taiwanais, est Putong Hua (‘普通话’) ou bien Mandarin – nom donné par les occidentaux. Au lieu de devenir désuète, elle continue de s’enrichir et de se rajeunir dans le courant de la mondialisation économique en absorbant les quintessences des langues minoritaires de Chine et des langues étrangères. La philosophie confucéenne et le

caractère inné des Chinois Han décident du caractéristique absorbant, non pas imposant de la langue chinoise.

2. Usage quasi-obligatoire et popularisé de la langue Mandarin par la loi

246. L'histoire et la population rendent dominante la position du chinois, la langue de Han, de Hui et des Mandchous en Chine. Cette position dominante en Chine ne s'est régularisée qu'au 31 octobre 2000³⁶⁸ par la Loi du Système national du Standard de la Langue et Caractères communément Utilisés (The Law of National Standard System of Commonly Used Language And Characters).

Cette loi a pour finalité d'améliorer la communication et l'échange, culturels et économiques entre toutes les régions et toutes ethnies en Chine³⁶⁹. L'emploi d'une langue et de caractères communément utilisés est indispensable pour préserver la souveraineté de l'Etat, l'unification du pays et la dignité de la nation chinoise, et est profitable pour construire une civilisation matérielle aussi bien que spirituelle³⁷⁰.

Selon les articles 2 et 3 de la loi précitée, *«La langue et les caractères communément utilisés mentionnés par la présente loi désignent **Putong Hua**, et les caractères chinois normalisés qui sont popularisés par l'Etat.»* L'impératif de l'emploi de la langue et caractères communément utilisés se manifeste dans les domaines suivants, selon l'article 14 :

« Dans les cas suivants, la langue et les caractères communément utilisés doivent avoir la préférence :

- la radio, le cinéma, et le programme télévision ;*
- la façade des établissements publics ;*
- l'enseigne, la publicité ;*
- le nom des entreprises, des organisations et des institutions ;*
- l'emballage et l'instruction d'usage des marchandises circulant en territoire chinois ».*

Conformément à l'article 19, le niveau national de la langue et des caractères communément utilisés est une exigence impérative pour les emplois dans la radio, les animateurs de télévision, les acteurs ou actrices de théâtre et de cinéma, les professeurs des établissements d'enseignement, les fonctionnaires des services

³⁶⁸ «中华人民共和国国家通用语言文字法». La loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

³⁶⁹ L'article 1 de la loi précitée.

³⁷⁰ L'article 5 de la loi précitée.

publics, etc. Avant d'entrer en fonction, il y a des formations pour qu'ils puissent atteindre le niveau correspond au poste qu'ils vont occuper.

247. Des dispositions de sanction ne font pas défaut dans la loi précitée. Ainsi, trois types de sanction sont prévus :

- pour celui dont l'emploi de la langue et caractères communément utilisés est impératif pour le poste, s'il contrevient à l'obligation prévue dans l'article 19, l'autorité concernée³⁷¹ doit lui indiquer moyennant **la critique** la faute qu'il a commise, puis lui laisser un délai raisonnable pour qu'il puisse corriger sa faute et effacer la mauvaise influence causée par sa faute. S'il refuse de corriger sa faute, l'autorité concernée a le pouvoir discrétionnaire de lui donner la sanction correspondante³⁷² ;
- pour ceux qui transgressent les règles concernant l'emploi de la langue et caractères communément utilisés sur la façade de l'établissement ou de l'installation dans l'espace public, et dans la publicité prévue dans le chapitre de la présente loi, l'Administration de l'industrie et du commerce à l'échelon correspondant doit **les admonester** en leur demandant de corriger leurs fautes. **L'avertissement** et un délai de correction font suite au refus de corriger³⁷³.

La Loi du Système du Standard national de la Langue et des Caractères communément Utilisés est en effet une orientation ou une politique de gestion de la langue et des caractères communément utilisés, et une confirmation législative de la position dominante de la langue chinoise en Chine³⁷⁴. Il en résulte que dans la circulation de l'information sur le marché chinois, la langue chinoise joue un rôle décisif.

B. Position en haute estime et protection des langues ethniques minoritaires

248. La position dominante de la langue Han dans la société chinoise ne peut en rien se traduire comme une façon de diluer des autres langues minoritaires, puisque l'élimination d'autres langues ou d'autres opinions est non seulement contre la

³⁷¹ Quand aux autorités compétentes, la loi dispose que les Administrations de l'Industrie et du Commerce à tous les échelons au-dessus du district sont l'autorité compétente qui se charge de gérer et de surveiller l'emploi de la langue et des caractères utilisés dans le nom des entreprises, le nom des marchandises et dans la publicité dans leurs ressorts, que les départements locaux de la langue et des caractères et autres services concernés se chargent de gérer et de surveiller l'emploi général de la langue et des caractères utilisés dans leur ressort.

³⁷² L'article 26 de la Loi du Système du Standard national de la Langue et des Caractères communément Utilisés.

³⁷³ *Ibid.*

philosophie confucéenne³⁷⁵, mais aussi contre la politique du Gouvernement chinois. Au contraire, les langues minoritaires jouissent d'une position prestigieuse, c'est une position en « haute estime » et sont protégés par le Gouvernement chinois. De plus, même les mots étrangers empruntés ont reçu un accueil chaleureux dans la société chinoise.

1. La politique de la protection des langues ethniques minoritaires

249. La position en haute estime et la protection des langues minoritaires est assurée de manière assez complète en Chine. Autrement dit, les langues minoritaires chinoises sont protégées et développées de façon législative, règlementaire et la Chine ne cesse d'appliquer sa politique de protection et de développement des langues minoritaires au cours du développement économique de l'Etat. Le Parti communiste a depuis le tout début pris conscience de la signification de la protection des langues minoritaires chinoises³⁷⁶, puisqu'en général, la plupart des agglomérations des ethnies minoritaires se situent au Sud-ouest, au Nord et au Nord-ouest, les régions les moins développées de Chine. Leur économie, leur mentalité retardataire est un des éléments restreignant le développement de l'Etat entier. D'ailleurs, sans le soutien des peuples d'ethnies minoritaires, il est impossible pour la Chine d'être une grande nation d'une seule voix à l'extérieur, et en paix à l'intérieur. Cela est la leçon accumulée par l'histoire de 5000 ans de la Chine.

En 1991, le CAE a mis au point une nouvelle politique en matière de langues ethniques minoritaires dans le contexte de la réforme économique de l'Etat. L'idée dirigeante de la nouvelle politique est de tenir fermement le principe de l'égalité des langues et des caractères des toutes ethnies, la ligne d'orientation est de sauvegarder avec rigueur la liberté et les droits de chaque ethnie minoritaire d'employer sa

³⁷⁴ WEI Dan, *Questions concernant l'application de la Loi du Système du Standard national de la Langue et des Caractères communément Utilisés*, in *Application des Langues et des Caractères*, 1^{er}, 2003.

³⁷⁵ Tolérer la différence des autres est au cœur de philosophie confucéenne. Selon Confucius, la tolérance de la différence est un bon entraînement d'un cœur large et d'un cœur d'apprentissage qui est la première étape d'être puissant spirituellement et puis matériellement. Confucius instruit souvent ses disciples en disant que « Dans la marche de vie avec deux autres hommes, nous trouveront l'instructeur de notre vie parmi eux ».

³⁷⁶ Créé le 1^{er} juillet 1924, le Parti communiste a désigné en octobre 1925 dans la Décision des affaires sur le Mongolie de la 4^e session du Comité élargi du PCC qu'il faut respecter la langue et les mœurs des Mongols dans le travail de propagande. En mai 1930, dans le projet de la Constitution de la République soviétique de la Chine, le Parti Communiste soulignait qu'« une autre mission importante du pouvoir soviétique de Chine est de tâcher d'aider les ethnies petites et sous-développées de développer leur propres cultures et leurs langues ethniques et d'aider de développer leur productivité économique qui est une partie importante de la base économique de la civilisation socialiste et de la civilisation chinoise» et que toutes les ethnies sont égales devant la loi, quoi qu'elle soit grande ou petite, forte ou faible, riche ou pauvre. Voir, *Compilation des Affaires des Ethnies en*

propre langue ethnique au profit de la solidarité de toutes ethnies, du développement commun et de la prospérité commune de toutes ethnies³⁷⁷.

1) Droits et liberté d'emploi des langues ethniques minoritaires

250. Sur le plan législatif, la liberté et le droit d'employer sa propre langue par chaque ethnies apparaît à moult reprises dans les textes législatifs.

La Constitution de la République populaire de Chine modifiée le 14 mars 2004 comprend trois articles concernant ces droits et libertés. L'article 4.4 dispose que toutes les ethnies ont le droit et la liberté d'employer et de développer leurs langues ethniques... ; l'article 121 dispose que les autorités autonomes dans les régions autonomes doivent employer dans leurs missions et fonctions, une ou plusieurs langues communément utilisés dans la région correspondante. Tandis que l'article 134 dispose que tout citoyen quelle que soit son ethnies a le droit d'employer sa langue propre dans l'action judiciaire. Les tribunaux populaires et les parquets populaires doivent fournir aux participants judiciaires qui ne comprennent pas la langue communément utilisée un service de traduction. Dans l'agglomération d'une ethnies minoritaire, les tribunaux et les parquets populaires doivent employer pour la procédure la langue communément utilisée localement, et le texte du jugement doit être rédigé dans une ou plusieurs langues communément utilisées localement.

L'article 8 de la Loi du Système du Standard national de la Langue et des Caractères communément Utilisés prévoit que « *chaque minorité ethnique a le droit et la liberté d'employer et de développer sa propre langue et les caractères de cette langue, conformément à la Constitution, aux lois d'autonomie des régions ethniques et aux autres lois concernées* ».

La Loi concernant les Régions Autonomes Ethniques de la République Populaire de la Chine est une loi spécifique concernant les affaires des ethnies minoritaires, constituant une des lois fondamentales dans le système législatif de la Chine. Elle concrétise la protection des langues ethniques minoritaires tous azimuts par 7 articles. Il s'agit de :

- le devoir impératif des autorités autonomes des régions autonomes ethniques de protéger les droits et la liberté des minorités ethniques des locaux d'employer et

Chine, tome 1, rédigée par le Ministère du Front uni de Chine, édition Ecole des Membres du Parti communiste du Comité central du PCC, 1991. pp. 391, 123-1241 et 1661.

³⁷⁷ La circulaire n°32 [1991] du Conseil des Affaires d'Etat.

de développer leurs langues ethniques³⁷⁸ ;

- l'obligation d'employer dans les missions et fonctions des autorités autonomes dans les régions autonomes une ou plusieurs langues communément utilisées dans la région correspondante, conformément aux règlements autonomes des régions autonomes (article 21) ;
- le pouvoir des autorités autonomes des régions autonomes ethniques d'établir le projet et le système d'éducation, selon la situation locale et l'environnement de langue locale, conformément à la Constitution et à la loi et les règlements autonomes des régions autonomes de l'Etat (art.37);
- l'obligation d'emploi de manuels rédigés dans les langues communément utilisées localement dans les écoles créées spécialement pour les minorités ethniques locales (art.37.2);
- le droit des autorités autonomes des régions autonomes ethniques de développer la langue de la minorité ethnique et sa culture propre, notamment dans les domaines culturels, tels que la presse, la radio, le cinéma, la télévision (art.38) ;
- le devoir impératif des tribunaux populaires et des parquets populaires d'employer la langue communément utilisée localement dans la procédure, et la rédaction du texte de jugement, la ou les langues communément utilisées localement selon le cas (art.47) ; et
- une prime pour encourager les fonctionnaires de toutes ethnies dans les régions autonomes ethniques à apprendre la langue des autres ethnies.

Par ailleurs, dans la Loi de l'Obligation d'Education de la Chine, le Règlement relatif à la Pièce d'Identité des Résidents chinois, la Loi de l'Election des Représentants Populaire à l'Assemblée Populaire de la Chine et aux Assemblées Populaires de tous les échelons, possèdent des dispositions concernant l'obligation d'emploi des langues minoritaires et locales à l'école ethnique, sur la carte d'identité, aux élections.

251. Sur le plan Judiciaire, sous l'égide de l'article 134 de la Constitution et des articles 37 et 47 de la Loi concernant les Régions Autonomes Ethniques de la République Populaire de la Chine, chaque citoyen chinois peut employer sa langue dans l'action judiciaire et la Loi organique des Tribunaux Populaire de Chine le réaffirme pour les 3 types de procédures, civile, pénale et administrative.

³⁷⁸ L'article 10 de la Loi concernant les Régions Autonomes Ethniques de la République Populaire de la Chine.

La Loi Organique des Tribunaux Populaire de la Chine dispose que « *les citoyens de toutes les ethnies de la République ont le droit d'intenter une action devant les tribunaux en employant leurs propres langues ethniques. A ceux qui ne comprennent pas la langue communément utilisée au ressort local d'un tribunal, celui-ci doit leur fournir le service de traduction ou d'interprétation. Dans la région de l'agglomération d'une minorité ethnique, le tribunal populaire local doit employer la langue communément utilisée par le peuple local pour juger une affaire et publier le jugement, le verdict, l'ordonnance, la publication ou d'autres textes judiciaires en langue communément utilisée dans son ressort.* »

La Loi de la Procédure civile et la Loi de la Procédure administrative ont la même disposition que la Loi Organique des Tribunaux Populaire de la Chine. Il y a une nuance dans la Loi de la Procédure pénale où l'article 9 ajoute les parquets et les organes de sûreté d'Etat dans les autorités judiciaires³⁷⁹. Par ailleurs, il existe un projet de loi concernant la Langue et les Caractères des Ethnies minoritaires à l'Assemblée Populaire nationale.

2) Les pratiques de la protection des droits et de la liberté d'emploi des langues ethniques minoritaires

252. En pratique, la position en haute estime et la protection des langues minoritaires se manifeste dans plusieurs domaines :

Dans l'éducation, quelques langues et caractères d'ethnies minoritaires sont autorisés pour le Concours annuel national d'entrée aux établissements d'enseignement supérieur d'éducation pour les lycéens mongols, tibétains, ouïgours, Kazakhstans, coréens etc. Une dizaine d'établissements d'enseignement supérieur, des dizaines de spécialités, des facultés pour les langues des ethnies minoritaires ont été créés depuis 1949³⁸⁰, parmi eux, l'Université nationale d'Ethnie Minoritaire qui

³⁷⁹ L'article 9 de la Loi de la Procédure pénale : « les citoyens de toutes les ethnies de la RPC ont les droits d'intenter un action devant les tribunaux en employant leurs propres langues ethniques. Aux ceux qui ne comprennent pas la langue communément utilisée au ressort local d'un tribunal, le tribunal saisi, le parquet intervenant et l'organe de sûreté d'Etat doivent leur prêter le service de traduction ou d'interprétation. Dans la région de l'agglomération d'une minorité ethnique, la procédure judiciaire doit se dérouler en employant la langue communément utilisée par le peuple local. Les organes judiciaires doivent publier le jugement, le verdict, l'ordonnance, la publication, la décision ou d'autres textes judiciaires en langue communément utilisée à leur ressort. »

³⁸⁰ Elles sont l'Université de Nankai (principalement pour les Zhuang et d'autres ethnies minoritaires au sud de la Chine), Université de Mongol, Université de Yanbian (pour les coréens), Université de Xinjiang (principalement pour les Ouïgours et d'autres ethnies minoritaires à Xinjiang), l'Université nord-ouest d'Ethnie minoritaire, etc.

se situe à Beijing est la base la plus importante en Chine de haute recherche en langues minoritaires et de formation d'intellectuels ethniques³⁸¹.

Dans la vie politique, toutes les sessions de haut niveau de l'Assemblée Populaire de Chine, de la Conférence nationale des Représentants des Membres du Parti communiste, de la Conférence nationale de la Consultation politique avec tous les Partis non-communistes fournissent aux participants non seulement des documents en 7 langues différentes, selon l'ethnie des différents participants, tels que Mongols, Tibétains, Oüïgours, Kazakhstans, Coréens, Yi et Zhuang, mais aussi la traduction simultanée orale en ces 7 langues minoritaires tout au long du cours de la session pour que les représentants des ethnies minoritaires puissent jouir véritablement de leur droit politique et représenter véritablement leur peuple. Dans les régions autonomes Mongoles, Tibétaines, Ouïgours, Coréennes, Tai et Kazakhstan, les langues de ces ethnies minoritaires sont les langues courantes dans l'autorité et l'administration locale.³⁸²

Dans le développement culturel, le Centre national de traduction des langues minoritaires ethniques à Beijing et ses centaines de branches dans les régions autonomes se raffermissent par le soutien financier, matériel et intellectuel du Gouvernement central. 36 établissements d'édition en langues ethniques minoritaires ont publié 3429 catégories d'ouvrages concernant les ethnies minoritaires de la Chine. 184 revues et périodiques ont mis en circulation 9700 000 volumes, 88 journaux ont émit avec 29 langues ethniques. Dans l'ensemble du Pays, il y a des chaînes de 21 langues ethniques minoritaires. La Radio Chine a une section ethnique de 5 chaînes de langues ethniques, telles Mongole, Tibétaine, Ouïgoure, Kazakhstan, Coréenne. Chaque région autonome a sa chaîne de télévision dans la langue communément utilisée dans cette région. Au-dessous de l'échelon provincial, la diffusion de télévision en langue ethnique est beaucoup plus répandue qu'au niveau provincial. De même, à partir de 1997, il y a 7 films en langue minoritaire en moyenne par an qui sont produits à l'échelle nationale³⁸³.

³⁸¹ LI Jinfang (professeur et directeur de thèse, directeur à la Faculté de la langue et littérature d'ethnie minoritaire à l'Université Nationale d'Ethnie Minoritaire): *On the Right to Using and Developing Their Own Languages and Scripts For Ethnic Minorities*, in Revue de la Recherche d'ethnie minoritaire de Guangxi, n°2, Vol 80, 2005.

³⁸² BU He, SONG Quan, LI Ziran : *La Loi fondamentale, la Politique gouvernementale et l'Actualité de l'Application relative à la Langue et aux Caractères d'Ethnies minoritaires*, in Journal of Inner Mongolia Polytechnic University (Social Sciences) n° 2, Vol. 9, 2000.

³⁸³ *Ibid.*

Dans d'autres domaines, par exemple, le papier-monnaie national de *Renminbi* est imprimé en 5 langues : Mongole, Tibétaine, Ouïgoure, Zhuang et Han ; les enseignes et les plaques sur la façade des établissements dans l'espace public sont écrites en chinois et en langue locale. Les certificats, permis, cartes et pièces d'identité imprimés et délivrés par les autorités dans la région autonome sont écrits à la fois en chinois et en langue locale. Dans le domaine informatique, le soutien gouvernemental s'achève avec succès par la création d'un logiciel et d'un clavier standardisés en langues minoritaires, mongole, tibétaine, coréenne, ouïgour, kirghiz, Kazakhstan.³⁸⁴

L'invention des écritures pour les ethnies qui n'ont que la tradition orale. L'introduction de la politique de langue ethnique minoritaire ne sera pas complète, si l'on ne mentionne la création des nouvelles langues par le Gouvernement chinois depuis 1949 pour les minorités ethniques comme Zhuang, Buyi, Tong, Miao, Wa et Lisu, etc. d'autant plus que cette bonne œuvre du Parti communiste de Chine de création de langue pour des peuples minoritaires est en effet un miracle historique sans précédent.³⁸⁵

2. *L'importation de mots étrangers*

253. Protectionnisme culturel et protectionnisme économique vont de pair. Il en est de même pour le libéralisme culturel et le libéralisme économique. Avec la politique d'ouverture du marché chinois, les mots étrangers, en particulier anglais, se ruent sur le marché chinois introduits par l'installation de fast-food *Macdonald* et *Kentucky*, de breuvages *coca-cola* et *Pepsi*, de caméras *Olympus* et *Kodak*, des produits *Sony*. De nombreux produits importés de l'étranger possèdent un joli nom chinois. En chinois, dans beaucoup de cas le même son peut avoir plusieurs caractères différents avec des sens différents. Pour traduire le nom d'un objet, il y aura une dizaine voire même une centaine de combinaisons de caractères chinois. Pour éliminer la confusion, le journal « *People's Daily* » joue un rôle déterminant de clarification et de standard. Tous les autres médias considèrent comme un repère la première apparition du nom traduit dans « *People's Daily* ».

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ LI Jinfang, *On the Right to Using and Developing Their Own Languages and Scripts For Ethnic Minorities*, Revue de la Recherche d'ethnie minoritaire de Guangxi, N°2, 2005.

254. L'importation des mots étrangers dans la langue chinois est règlementée par la Loi du Système du Standard national de la Langue et des Caractères communément Utilisés du 1^{er} janvier 2001.

L'article 11 de la Loi précitée dispose que « *Si dans l'édition des ouvrages en langue chinoise, il est nécessaire d'employer une langue étrangère, celle-ci doit s'accompagner des notes ou des annotations nécessaires dans la langue et les caractères communément utilisés, c'est-à-dire, en langue chinoise* ».

L'article 12.2 de la même loi prévoit que « *La demande de créer une chaîne de radio ou de télévision en une langue étrangère est soumise à l'autorisation des autorités de radiodiffusion et de télévision du Conseil des Affaires d'Etat* ».

L'article 13 de la loi précitée prévoit que dans le service public, l'emploi des caractères étrangers sur les enseignes, dans la publicité et les affiches ou dans les logos d'entreprise doit être accompagné par les caractères chinois normalisés. Cela veut dire que l'emploi des caractères étrangers sur les enseignes, dans la publicité et les affiches ou dans les logos d'entreprise est admis en Chine.

L'article 25 de la loi prévoit que la traduction des noms des individus étrangers, des noms de lieux étrangers, des terminologies scientifiques et d'autres termes spécifiques étrangers en langue chinoise doit être soumise à la révision et à l'approbation des autorités compétentes nationales en charge de la surveillance et de la direction de l'emploi de la langue et des caractères communément utilisés.

255. Si l'on figure la commercialisation des produits ou des services d'une entreprise comme une bataille, l'enseigne et le logo de l'entreprise est comme un étendard. La raison de la réussite des entreprises internationales de marques de renom international vient de ce que l'entreprise internationale a franchi la disparité des langues, des cultures et des idéologies et des religions. En raison de la grande différence de culture, de langue et de mentalité entre la Chine et les pays occidentaux, la première nécessité des entreprises étrangères sur le marché chinois est de concevoir un nom ou une enseigne à la chinoise sur la base de son ancien nom étranger. A la différence de la simplicité du nom étranger, le nom chinois exige toujours non seulement un son captivant et agréable à l'oreille, mais surtout un sens de bonheur, de paix, de joie, de prospérité, de richesse, de longévité et de bon augure pour la profession, la vie, la société, aussi bien pour une personne physique qu'une personne morale. Dans le nom d'une personne, on perçoit la bénédiction, le souhait et l'aspiration de ceux qui ont donné ce nom. Dans le domaine commercial

en Chine, nommer une entreprise, en particulier pour une entreprise étrangère, a un sens particulièrement vital qui dépasse le simple concept linguistique et sémantique pour aller jusqu'au niveau socio-psychologique et de marketing.

256. En réalité, la belle traduction en caractères chinois des enseignes, des noms, des logos des entreprises étrangères contribue énormément à leur succès commercial puisqu'elle constitue une publicité indispensable en Chine. Il y en a bien des exemples en la matière. Mai Dang Lao (‘麦当劳’) le nom chinois de McDonalds garde presque sa prononciation occidentale, mais avec le sens que si l'on veut manger le blé, on doit travailler. Coca Cola qui n'a rien d'autres sens que les noms de deux plantes pour les occidentaux, a en chinois avec des sons quasiment identiques, l'image d'une boisson exquise et savoureuse qui apporte joie et bonne humeur à celui qui la boit –(‘可口可乐’, ‘kekou kele’). Mercedes Benz – un nom de véhicule emprunté du nom de la fille chérie de l'entrepreneur de l'Entreprise devient Benchi (‘奔驰’), un mot aimé par tous les chinois depuis 4 mille ans, croquent le galop à toute vitesse d'un beau cheval. Ingvar Kamprad, le créateur d'Ikea, donne ce nom à son entreprise pour commémorer sa ferme- Elmtaryd et son petit village scandinave – Agunnaryd, n'aurait pu imaginer que les Chinois rebaptisent son entreprise à partir de la consonance de « Ikea » pour en faire un nom chinois qui en dit long, Yi Jia (‘宜家’) –les marchandises d'ici sont très profitables à la maison. Carrefour devient Jia Le Fu (‘家乐福’) qui signifie que là-dedans, chaque foyer trouvera sa joie et son bonheur. Danone – Da Neng (‘达能’) signifie qu'en le buvant, on récupérera énergie et capacité. Citroën- Xue Tie Long (‘雪铁龙’), un dragon de fer tout blanc comme la neige. Peugeot- Biao Zhi (‘标致’) avec le sens de la beauté de jeunes gens ...

II. Instrument juridique principal pour cristalliser les informations commerciales sur le marché chinois

257. L'opacité tarifaire d'une gamme de marchandises est souvent le signal de l'immaturation d'un marché, puisqu'elle est la cause de discrimination du traitement d'un fournisseur envers ses différents clients, l'exploitation abusive des consommateurs et la distorsion de la concurrence sur un marché concerné. Ainsi, le droit sur le prix constitue l'instrument juridique le plus important pour la

transparence du marché chinois. Ici, nous allons examiner le système des prix (A) et de l'information sur les prix (le droit de publicité) (B).

A. Le régime des prix

258. Paris ne s'est pas fait en un jour. Même le système tarifaire le plus transparent et le plus moderne a évolué du dirigisme au principe de libre fixation des prix. La France en fournit pas mal de bonnes illustrations. « *Après la Seconde Guerre mondiale, et pendant plusieurs décennies, la France a connu un système de dirigisme économique, qui se caractérisait notamment par la réglementation des prix. Une ordonnance du 30 juin 1945 avait donné au ministre de l'économie le pouvoir de fixer le prix par arrêté. Les entreprises qui, ne respectant pas ces arrêtés, pratiquaient des prix illicites, étaient passibles de sanctions prévues par une autre ordonnance du 30 juin 1945. À la fin de la décennie 1970-1980, l'intervention de l'Etat se fit de plus en plus légère. Le principe de liberté fut proclamé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et figure aujourd'hui à l'article L. 410-2 du Code de commerce, et reproduit à l'article L.113-1 du Code de la consommation : « sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. » Les professionnels fixent donc librement les prix des produits et des services qu'ils proposent aux consommateurs : leur rôle dans la fixation des prix, est primordial. Cependant, l'Etat continue à exercer un certain rôle.* »³⁸⁶

259. À l'égard du système tarifaire, il y a quelques ressemblances entre la Chine et la France. Depuis 1953, le premier plan quinquennal, jusqu'en décembre 1978, la Chine a connu un système d'économie hautement planifiée. Le prix de vente et d'achat de tous les produits quotidiens au foyer ou essentiels à la construction était fixé par le Gouvernement central.

Comme la France, la Chine a du faire évoluer son système tarifaire sous l'impulsion de la mondialisation économique et politique. La réforme des prix a d'abord concerné successivement les biens de consommation, les biens de production et les facteurs de production. Elle a connu cinq phases :

La première phase entre 1978 et 1984 était une phase d'ajustement, le gouvernement augmenta les prix des biens en situation de pénurie et baissa ceux des

³⁸⁶ Jean Calais-Auloy et Frank Steinmets, *Droit de la consommation*, 7^e éd. Dalloz, 2006. pp.357-358.

biens dont l'offre dépassait la demande, en rapprochant ainsi les prix planifiés des prix d'équilibre.

La seconde phase de 1985 à 1988 est une période d'introduction du mécanisme de marché dans la formation des prix des produits et des biens corporels. Selon la nouvelle situation, le CAE publia en 1987 « Règlement de l'Administration des Prix », dans lequel 13 pratiques illégales à l'égard de prix et 6 sanctions administratives ont été mentionnées. Le Règlement de 1987 manifestait la détermination du Gouvernement central à réformer le régime des prix.

La troisième, de septembre 1988 à 1990 avec l'introduction d'un mécanisme de marché, est marquée par un certain désordre dans la fixation des prix

Lors de la quatrième phase, de 1991 à 1997, la conception du mécanisme des prix s'accélère sous l'impulsion de l'ouverture économique. Le « Règlement provisoire de défense de la recherche des profits exorbitants » du 25 janvier de 1995 publié par la Commission nationale de Planification soumis à la ratification du CAE, joue un rôle conjoint avec le Règlement de 1987 pour renforcer la réforme du régime des prix et améliorer la transparence du marché.

260. À partir de 1998, par la promulgation de la Loi des Prix le système de la liberté de fixation des prix est établi. La Loi des Prix est conçue sur la base du « Règlement de l'Administration des Prix » de 1987 qui tombe en désuétude *ipso facto*³⁸⁷. Dans cette loi, la liberté des professionnels pour fixer les prix, la délimitation des pratiques légales et illégales, et le principe de la surveillance administrative à la fixation des prix sont établis. Les pratiques illégales à l'égard des prix qui nuisent au bien-être des consommateurs finaux, telles que monopole de prix ou fraude tarifaire sont strictement interdites. Le 1^{er} août 1999, le « Règlement concernant les sanctions administratives des pratiques illégales à l'égard de prix » publié par l'ancienne Commission nationale de Planification avec la ratification du CAE a précisé la responsabilité juridique des professionnels due à leurs pratiques illégales à l'égard de prix, telles que non application du régime tarifaire dirigiste gouvernemental, le monopole de prix, le dumping, la pratique d'encherir le prix, la fraude tarifaire, la discrimination tarifaire, le prix exorbitant et la non application des mesures prises dans les cas urgents.

³⁸⁷ La Loi des Prix est promulguée le 29 décembre 1997 et est entrée en vigueur le 1 mai 1998.

A la suite de la promulgation de la Loi des Prix de 1998 et du Règlement concernant les sanctions administratives des pratiques illégales à l'égard de prix de 1999, une série de réglementations tarifaires complémentaires par la Commission nationale de Développement et Réforme a vu le jour : «Règlement interdisant de pratiquer le dumping par des prix très bas», «Règlement de l'étiquette visible de prix sur les marchandises et les services», «Règlement interdisant la fraude tarifaire», «Règlement provisoire interdisant de pratiquer le monopole de prix», «Règlement de dénonciation des pratiques illégales tarifaires» et «Mesures d'application des sanctions administratives des pratiques illégales tarifaires», etc. Tous ces règlements constituent un fondement juridique pour les sanctions administratives qui ont pour finalité d'améliorer la transparence du marché, donc le bon fonctionnement de l'économie du marché chinois.

Le 21 février 2006, l'Ordonnance n°461 du CAE a modifié le «Règlement concernant les sanctions administratives des pratiques illégales à l'égard des prix» de 1999 à cause de lacunes et de l'inefficacité de quelques dispositions sur les sanctions dans ce règlement. C'est la première modification du règlement. A peine le Règlement est-il modifié que les autorités chargées de l'administration des prix le mettent en pratique : des enquêtes sont menées, un grand nombre des pratiques illégales importantes sont exposées à la lumière et des sanctions sévères sont appliquées³⁸⁸.

261. Pourtant, profitant du moment de réchauffement de l'économie qui est difficile à réfréner, les professionnels et les associations des secteurs sont plus actifs que jamais dans les pratiques illégales comme l'entente de prix, le monopole de prix, la fraude tarifaire, et l'augmentation injustifiée des prix qui troublent l'ordre du marché, le déstabilisent et sont susceptibles de provoquer une crise sociale à grande échelle. La poursuite de la réforme du régime des prix devient alors un courant infrangible. La tâche principale de macro-gestion du Gouvernement chinois dans son travail économique est de *«prévenir le réchauffement dû à l'accroissement rapide de l'économie, et d'éviter l'inflation due à la flambée structurelle de prix»*³⁸⁹. A cette fin, le Règlement concernant les sanctions administratives des pratiques

³⁸⁸ L'entente de prix de l'Association de Nouilles instantanées, et celle des entreprises automobiles sont les cas les plus remarquables sanctionnés par les autorités chargées de l'administration de prix. Nous allons les discuter respectivement dans la partie suivante.

³⁸⁹ Le rapport de la conférence de travail économique du Gouvernement en 2007.

illégales à l'égard de prix de 1999 a vu sa deuxième modification le 13 janvier 2008 par l'Ordonnance n° 515 du Conseil des Affaires d'Etat.

Depuis lors, est en train de se former le régime de prix centré autour de la Loi des Prix, avec l'Ordonnance n°515 comme pilier et une série des règlements complémentaires, éléments indispensables. Ce régime marche vers sa maturité qui se traduit par trois aspects: le régime de la fixation des prix, le régime de l'information sur les prix; et la sanction de l'abus dans la fixation des prix.

262. Il n'y a que deux sujets pour fixer les prix dans tous les systèmes économiques de la planète : les professionnels et l'Etat. Les différents systèmes économiques différencient les rôles que jouent les professionnels et les Etats. Pourtant il existe une convergence ou plutôt un alignement du système économique planifié sur le système d'économie de marché. Cette tendance donne une explication générale et universelle du rôle des professionnels et de l'Etat concernant la fixation des prix. Sous l'angle juridique, l'étude de la fixation des prix se focalise sur les sujets de fixation des prix, leurs rôles, leurs droits et leurs obligations.

1. Rôle des professionnels de la fixation des prix

1) Le principe de libre fixation des prix

263. Le principe de libre fixation des prix précise que «*Chaque professionnel dispose en principe de la liberté de fixer dans l'offre de contrat les prix des produits et des services qu'il propose à ses clients. Pour que la concurrence joue, il faut que chaque vendeur et chaque prestataire conserve sa liberté de fixer ses prix à un niveau différent de celui de ses concurrents.*»³⁹⁰

L'article 3 de la Loi des prix dispose que la formation des prix doit se conformer à la règle de la valeur, et que le prix de la majorité des marchandises et des services sur le marché doit être ajusté automatiquement par le marché ; les prix de quelques produits et services marginaux seront déterminés ou dirigés par le Gouvernement. Le prix ajusté par le marché désigne le prix librement fixé par les professionnels à travers la concurrence sur le marché. C'est alors qu'en Chine le principe de libre fixation des prix est aussi le principe de prix ajusté par le marché concurrentiel. Selon ce principe, dans un marché ouvert et concurrentiel, le professionnel d'une gamme de produits a la liberté de fixer le prix de ses produits, compte tenu des

³⁹⁰ Jean Calais-Auloy et Frank Steinmets, *op.cit.* p.357-358.

intérêts escomptés, de la proportion entre l'offre et la demande du marché, de l'intensité de la concurrence.

L'article 6 du chapitre 2 de la loi précitée prévoit que les prix des marchandises et des services sont fixés par les professionnels qui offrent ces marchandises et la prestation de ces services, sous réserve de la disposition de l'article 18 qui se consacre aux pratiques gouvernementales concernant le prix déterminé par l'Etat et le prix dirigé par l'Etat. Concrètement parlant, les professionnels, pour fixer le prix de leurs produits, marchandises ou services ont :

- liberté de fixer le prix ajusté par le marché ;
- droit de fixer le prix des produits relevant du cadre dirigiste gouvernemental sous la direction du gouvernement ;
- droit de fixer le prix de nouveaux produits à vendre à titre d'essai qui relèvent de cadre dirigiste et déterminé par gouvernement ;
- droit de dénoncer à la justice les actes illégaux qui nuisent à leur droits et liberté de fixer les prix.³⁹¹

2) Les acteurs qui ont le droit de fixer le prix

264. Il est bien connu que dans la chaîne allant de la fabrication, à la distribution, enfin à la consommation, les acteurs qui ont le droit de fixer les prix de marchandises sont les fabricants, les distributeurs, ou les revendeurs et les associations de fabricants et revendeurs. Les acteurs en amont dans cette chaîne ne peuvent pas agir au détriment de la liberté des autres acteurs pour fixer les prix. Autrement dit, «*Cette liberté disparaît chaque fois que le prix est déterminé en amont, le vendeur proposant à ses clients des prix qui n'ont pas été fixés par lui, mais qui l'ont été par le fabricant, ou par une organisation professionnelle.*»³⁹²

En Chine, les acteurs qui ont le droit de fixer les prix sont définis par la Loi des Prix de 1998 dont l'article 3 paragraphes 2 et 3 prévoit que le prix ajusté par le marché désigne le prix librement fixé par les professionnels à travers la concurrence sur le marché. Les professionnels, selon ladite loi sont des personnes physiques, personnes morales et d'autres organisations qui s'engagent dans la fabrication et dans la distribution ou dans la prestation du service³⁹³.

³⁹¹ L'article 11 de la Loi des Prix.

³⁹² Jean Calais-Auloy, Frank Steinmets, *op.cit.* p. 358.

³⁹³ L'article 3 de la Loi des prix.

265. Dans la vie économique de la Chine, la stratégie de prix unifié de détail a été à la mode dans le milieu des fabricants. Les prix imposés par les fabricants en amont ne présentent rien de nouveau. L'article de la 3^e page du Journal du Marché au 26 janvier 2000 s'intitulant «Cette Année Il n'y aura pas Guerre de Prix des Voitures» mit au jour la réunion secrète à Shanghai des responsables des entreprises manufacturières de voitures, qui avait pour but de manipuler le prix de revente des voitures. Malheureusement, à l'époque, seul l'article 14 de la Loi des Prix de 1998 concernant l'interdiction de manipulation de prix et d'enchérissement des prix pouvait théoriquement s'appliquer à cette affaire. Il n'y avait ni jurisprudence, ni loi de la concurrence. Il en était de même pour l'industrie électroménagère. L'influence néfaste des fabricants sur la liberté de fixer les prix suscita une polémique véhémement dans le milieu des économistes et juristes et fit accélérer la promulgation de la Loi antimonopole de 2007.

Il arrive aussi que le prix soit fixé par l'organisation des fabricants et l'organisation professionnelle des vendeurs ou prestataires. Cette pratique présente le même danger, car elle tend à opacifier le marché. Elle constitue, comme dans tous les pays occidentaux³⁹⁴, une entente prohibée par la Loi des Prix de 1989. La Commission nationale de Développement et Réforme et les Administrations locales de Prix se montrent sévères à l'égard de cette pratique. Depuis 2006, on a vu flamber le prix des marchandises et des services essentiels à la vie quotidienne de la masse. La cause peut être le grand nombre d'associations professionnelles qui augmentent les prix par tous moyens, tels que l'entente, l'enchérissement, et l'augmentation sous des formes déguisées, etc. Les Administrations de tous les échelons déclenchent une investigation d'envergure. Il en résulte que beaucoup des pratiques révélées ont été sanctionnées.³⁹⁵

266. Pourtant, en Chine, comme en France³⁹⁶, il existe une dérogation importante concernant le prix des livres. Selon l'Apostille d'août 1988 de l'Administration

³⁹⁴ En France, par exemple, l'entente de prix est une entente prohibée par l'article L.420-1 du Code de commerce. C'est le Conseil de la concurrence se montre particulièrement sévère à la pratique d'entente.

³⁹⁵ Sous l'investigation de la Commission nationale de Développement et Réforme, l'Association nationale de nouilles instantanées a présenté ses excuses publiquement pour ses pratiques d'entente illégale de prix de nouilles instantanées. Les points de nettoyage de voiture de la municipalité de Shi Jia Zhuang sont sommés pour restaurer l'ancien tarif de nettoyage, car l'annonce d'unifier le prix en l'augmentant 50% de leur association sont jugée une violation flagrante, typique, et grave à la Loi des Prix en portant préjudice à la concurrence de marche par l'Administration des Prix de la province de Hebei. L'Association laitière de Beijing a suscité l'attention de l'Administration de Prix de Beijing.

nationale des Prix à l'«Avis sur les Méthodes de Fixation des Prix des livres et des périodiques» du Bureau national de l'Information et de la Presse, le prix des livres doit être fixé dans la limite de 5% à 10% de bénéfice par unité d'éditeur. La librairie ne peut vendre plus cher que le prix fixé, et elle ne peut vendre moins cher que dans la limite de 5% à 10%.

3) La façon de fixer le prix

267. Même si chaque professionnel fixe ses prix comme il l'entend, il doit tenir nécessairement compte des lois du marché : vendre à prix trop bas le priverait de tout profit, vendre à prix trop élevé pousserait le client vers les concurrents. La Loi des Prix consacre 6 articles (de l'article 7 à l'article 12) au principe, au fondement, au but et au procédé de la fixation du prix.

- le principe : L'article 7 de ladite loi établit les principes d'égalité, de légalité et de bonne foi comme principe impératif au cours de l'activité concernant la fixation des prix. Selon ces principes les activités concernant la formation des prix doit se conformer à la loi et aux règlements en la matière, les acteurs économiques doivent agir avec franchise, honnêteté et crédibilité en fournissant des produits de bonne qualité à un prix juste ; ils doivent également tenir les engagements qu'ils ont pris à l'égard de leurs partenaires. La violation de ces principes engage la responsabilité juridique correspondante ; le transgresseur subira une sanction civile ou administrative ; la transaction peut alors être annulée et les victimes tenter un procès pour demander la réparation.

- le fondement : selon l'article 8, les prix se déterminent en fonction du prix de revient et du rapport entre demande et offre sur le marché. Dans la fixation des prix, le premier est l'élément de base et le dernier l'élément décisif. Le coût de production ou le prix de revient commercial est l'ensemble des dépenses de toutes les activités déployées au cours de la production et de la distribution ou de la prestation d'un service. Il ressemble à la notion de 'frais' dans les « Normes de Comptable d'Entreprise ». Il contient non seulement les dépenses directes de matériaux, de travail, de production, mais les frais indirects de comptabilité, de gestion, de commercialisation.

³⁹⁶ Par exemple, la loi du 10 août 1981, dite loi Lang prévoit que le prix de livre doit être fixé par l'éditeur ou l'importateur, non par le libraire. Ce dernier ne peut vendre plus cher que le prix fixé, et il ne peut vendre moins chers que dans la limite de 5%.

- le but : le but des professionnels est de réaliser un profit licite, en fixant un prix raisonnable pour des produits ou services de qualité, tenant compte de la demande et la concurrence.³⁹⁷ En fait, le droit du marché, y compris le droit des consommateurs, de la concurrence, de la distribution, n'a qu'un seul but – protéger les consommateurs, ou améliorer leur bien-être, car ceux-ci font la société. On peut évoquer la fameuse déclaration – ‘Nous sommes tous des consommateurs’ - du Président Kennedy dans un message sur l'état de l'Union en 1962. L'histoire et l'expérience montrent que, là où l'économie de marché est la plus mature, le degré de protection des consommateurs est le plus élevé.

- le procédé : la Loi des Prix donne aux acteurs économiques un procédé pour fixer les prix qui comporte deux volets : d'abord, les acteurs doivent s'efforcer d'améliorer la gestion et le management de leurs entreprises pour réduire le coût de production et le prix de revient commercial³⁹⁸. C'est la seule voie légale pour aboutir au profit maximal; faire flèche de tout bois par âpreté au gain est découragé ou sanctionné quand cela aboutit à transgresser la loi et les règlements sur les prix. Ensuite, ils doivent perfectionner la gestion intérieure de leurs exploitations pour que le prix de revient des produits et des services puisse évoluer avec précision. Toute fraude dans la fixation du prix est interdite.³⁹⁹ Le régime interne de gestion des prix comprend le régime d'ajustement des prix, le régime de ristourne, de comptabilité et le régime de vérification de l'étiquetage et l'incidence de la consommation sur les prix. Pour rendre transparente la fixation de prix, il faut que tous ces régimes soient dans un état de bon fonctionnement.

4) Le rapport entre le prix et la valeur

268. En pratique, de nombreux cas soulèvent le problème du rapport entre le prix et la valeur du produit ou du service dans les transactions concernant le prix.

Le premier cas fréquent est celui de la protection des mineurs. Selon la Loi de Contrat, le mineur non émancipé peut s'engager pour un contrat non synallagmatique purement en sa faveur. Mais quant au contrat synallagmatique et d'autres actes civils, ils doivent obtenir le consentement de leurs tuteurs pour être engagés.⁴⁰⁰ Sans le consentement de leurs tuteurs, et si le prix demandé est excessif,

³⁹⁷ L'article 9 de la Loi des Prix.

³⁹⁸ L'article 9 de la Loi des Prix.

³⁹⁹ L'article 10 de la Loi des Prix.

⁴⁰⁰ L'article 12 de Principes généraux de Droit civil : les mineurs de l'âge entre 10 et 18 ans, sont personnes non émancipées.

le contrat de vente signé par un mineur sera considéré comme nul⁴⁰¹. A cet égard, le droit français est, semble-t-il, plus simple et clair, puisqu'il prend plus considération le tort causé par le contrat⁴⁰² aux mineurs afin de permettre à ceux-ci de se dégager de l'obligation dans leurs achats qui ont été faits à prix excessif.

Le deuxième cas concerne la rémunération d'un service. Elle ne doit pas être excessive⁴⁰³.

Le troisième cas est celui des prêts d'argent. Pour protéger le prêt légal, l'article 90 des Principes généraux de Droit civil, et les Avis de la Cour Populaire Suprême sur le Jugement des Affaires relatives aux Prêts fixent les limites maximales des taux d'intérêt. Ceux-ci doivent être égaux au taux bancaire de la même période au maximum plus 4. Le surplus n'obtient pas de protection juridique.

Le dernier cas concerne la sanction de l'abus de faiblesse⁴⁰⁴. En effet, la Constitution chinoise possède plusieurs dispositions concernant la protection des femmes, des personnes âgées, des mineurs, des handicapés dans leur champ de travail, dans l'éducation et leur vie quotidienne. Mais le mot 'le groupe de position faible' n'a vu le jour qu'à partir de 2002 dans le Rapport de travail du Gouvernement. Dès lors, des lois spécifiques concernant la protection du groupe de position faible sont apparues successivement, telles que la Loi de Sauvegarde des Droits et Intérêts des Femmes, la Loi de Protection des Mineurs, la Loi de la Protection des Droits et Intérêts des Personnes âgées, la Loi de protection des Personnes handicapées, la Loi de la Protection des Droits et Intérêts des Consommateurs, et la Loi autonome de la Région autonome d'Ethnie minoritaire, etc. A propos des tarifs, l'abus peut consister à obtenir, d'une personne faible ou ignorante comme celles susmentionnées, un engagement qui leur est préjudiciable en profitant de leur faiblesse, qu'elle soit mentale ou physique.

2. *Rôle de l'Etat concernant la fixation des prix*

⁴⁰¹ L'affaire *Song v. Suning Electroménager* de 2007 au tribunal Fengtai de Beijing.

⁴⁰² Art 1305, Code civil : La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de convention.

⁴⁰³ L'affaire d'honoraire d'avocat 2008. La France a une pareille jurisprudence traditionnelle fondée sur la bonne foi contractuelle (art.1134, al, 3 C.civ) qui considère que la rémunération des mandataires professionnels et des membres des professions libérales peut être réduite par les tribunaux si elle est exagérée par rapport au service rendu.

⁴⁰⁴ L'abus de faiblesse est pénalement sanctionné en France tant par le Code pénal (art.313-4) que par le Code de la consommation (art.L.122-8 à L.122-11). Certains droits étrangers sont plus sévères pour la lésion que ne l'est le droit français. Ainsi en Allemagne, en Suisse, au Québec (Loi sur la protection des consommateurs), les conventions peuvent être annulées ou révisées pour lésion, dès lors que celle-ci résulte de l'exploitation d'une partie par l'autre.

269. Théoriquement, l'économie de marché est une économie de concurrence, les acteurs économiques rivalisant les uns avec les autres sur les plans du prix, de la qualité, de la quantité de leurs produits ou services pour attirer les clients ; l'Etat n'intervient pas directement sur les prix. Cette histoire de non interventionnisme étatique n'a qu'une vingtaine d'années même en Europe. Par exemple, en France, c'est l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (art. L.410-2 C.com. repris à l'art.L.113-1C.com) qui institue le principe de non intervention de l'Etat sur les prix, et qui ne permet au gouvernement d'intervenir sur les prix, par décret du Conseil d'Etat que dans deux cas : insuffisance de la concurrence et hausse excessive ou baisse excessive des prix⁴⁰⁵. Cependant, l'Etat n'est pas un épouvantail à moineaux qui n'est pas à même d'effrayer les vrai voleurs. Il assume une responsabilité importante pour maintenir la concurrence sur le marché, en intervenant pour fixer certains prix de façon à éviter des hausses ou des baisses excessives.

Reconnaissant la signification de l'économie de marché, et en l'adoptant, l'Etat chinois n'a jamais oublié son rôle dans la macro-économie et la micro-économie, d'autant plus que la Chine n'a jamais vu, dans sa longue histoire, une telle complexité de réformes qui pétrissent ensemble tous les éléments autochtones et occidentaux. Pour la fixation des prix, l'Etat chinois intervient de trois façons : macro-économique pour maintenir la concurrence sur le marché, macro-économique dans la gestion administrative des prix et micro-économique pour fixer les prix dans les domaines exceptionnels.

1) L'intervention générale pour maintenir la concurrence sur le marché

270. Ce premier rôle de l'Etat n'est pas une initiative de la Chine. Ce sont les Etats-Unis qui se sont dressés comme un exemple pour tous les pays de la planète par son fameux Sherman Act de 1890. Les pays européens ne tardaient pas à les suivre dès la fin de la Seconde Guerre mondiale en adoptant chacun des lois sur les prix⁴⁰⁶. Et en 1957, le Traité instituant la Communauté économique européenne introduit des règles similaires.

271. En Chine, les règles visant à maintenir la concurrence forment une partie du droit antimonopole et du droit sur les pratiques déloyales. Ces règles comportent celles visant les pratiques anticoncurrentielles (les ententes sur les prix, les abus de

⁴⁰⁵ Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, *op.cit.* p.370.

position dominante par le prix) qui relèvent du domaine du droit chinois antimonopole, et celles basées sur la « bonne conduite commerciale » visant les pratiques déloyales (la revente à perte, le prix minimal imposé, les conditions discriminatoires, et les pratiques para-commerciales, le refus de vente, les ventes liées, la contrefaçon, la publicité trompeuse, le dénigrement, la confusion, etc) qui relèvent du domaine de l'anti-concurrence déloyale. Nous les renvoyons, pour l'étude approfondie, à la partie suivante.

2) L'intervention générale dans la gestion administrative des prix

272. La Loi des Prix consacre une dizaine de dispositions à la gestion administrative des prix qui justifient l'intervention étatique sur les prix. Il s'agit de la légalité de la gestion, des autorités compétentes, et des attributions des autorités compétentes.

La légalité de la gestion

L'article 4 est la base législative de cette intervention d'Etat. Il donne à l'Etat pour mission de gérer, surveiller et rajuster si nécessaire la gestion des prix, pour maintenir un ordre normal de prix, pour améliorer la concurrence sur le marché, conformément aux principes de légalité, d'égalité et de transparence.

Les autorités compétentes

Selon l'article 5 de la Loi précitée, il existe une hiérarchie administrative de quatre niveaux, qui se charge de la gestion des prix. Au plus haut de la pyramide administrative, se situe l'administration nationale chargée de la gestion des prix du Conseil des Affaires d'Etat qui assume la responsabilité du travail au plan national en matière des prix. Au deuxième niveau se trouvent les divers ministères sectoriels du CAE qui se chargent de la gestion des prix dans la limite de leurs compétences. Le troisième niveau se situe à l'échelon de la province, la région autonome ou la municipalité relevant de l'autorité centrale. A la base se trouvent les bureaux de différents secteurs des préfetures autonomes et des municipalités relevant de l'autorité provinciale. Leurs rapports sont ceux du dirigeant au dirigé.

Les compétences

⁴⁰⁶ C'est ainsi qu'en France des décrets de 1953 et 1956 vinrent ajouter à l'ordonnance de 1945 sur les prix quelques dispositions concernant la concurrence, dispositions remplacées par celle de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui sont passées dans le Code de commerce --Jean Calais-Auloy, Frank Steinmetz, *ibid.* p.366.

Les missions des autorités compétentes chargées de la gestion des prix se divisent en deux grandes parties : le contrôle des prix de manière générale et la surveillance des activités concernant les prix.

En ce qui concerne le contrôle général des prix, le Gouvernement a pour attributions principales de :

- fixer le niveau général des prix du marché en fonction du plan de développement économique et social national, et réaliser cet objectif (art.26) ;
- établir un système de réserve de marchandises d'intérêt vital, un fonds pour le réajustement des prix, pour stabiliser le marché si nécessaire en contrôlant les prix (art.27);
- instituer au sein des autorités compétentes la surveillance et l'examen de la fluctuation des prix des marchandises et services d'importance sur le marché (art.28) ;
- prendre des mesures provisoires, telles la fixation autoritaire des prix, le gel partiel ou total des prix, en cas d'urgence avec fluctuation anormale des prix du marché (art.31) ;
- mettre fin aux mesures provisoires dès la disparition des phénomènes anormaux (art.32).⁴⁰⁷
- établir un système permettant de dénoncer les actes illégaux concernant les prix pour encourager les activités de surveillance du public, particulièrement les associations de consommateurs, et la presse⁴⁰⁸.

En ce qui concerne la surveillance des activités concernant les prix, les autorités à tous les échelons dans les limites de leurs compétences, ont pour attributions principales de :

- enquêter auprès des parties ou des personnes concernées, en leur demandant de fournir tous documents liés à leurs activités en matière de prix ;
- vérifier et copier les livres de comptes, documents écrits, preuves et autres documents ou données liés aux activités illégales en matière de prix, et vérifier les documents bancaires concernant les actes illégaux en matière de prix ;
- examiner les biens liés aux actes illégaux de prix, et sommer d'arrêter temporairement les activités professionnelles concernées ;

⁴⁰⁷ De l'article 26 à l'article 32 du Chapitre 4 intitulé 'le Contrôle du niveau général des prix' de la Loi des Prix.

- enregistrer et conserver les preuves au cas où celles-ci seraient susceptibles d'être détruites et difficiles à récupérer ;
- infliger la sanction administrative à ceux qui ont contrevenu aux lois et règlements des prix.⁴⁰⁹

3) L'intervention d'Etat exceptionnelle dans la fixation des prix

273. Il existe exceptionnellement des secteurs ou des zones où la concurrence par les prix n'apporte pas de garantie suffisante au pays. Il est légitime que, dans ces secteurs ou ces zones, le Gouvernement ait pouvoir de réglementer les prix. L'article 18 de la Loi des Prix cite les cinq catégories exceptionnelles⁴¹⁰ dans lesquelles le Gouvernement peut agir en dirigeant le prix ou en le fixant en cas de nécessité :

- un petit nombre des produits nécessaires au développement de l'économie nationale et à la vie du peuple. Ce peuvent être le prix d'achat de céréales, de coton, de sel, et de quelques médicaments d'importance vitale, etc. Dans ces domaines, le principe du gouvernement est d'introduire la politique de libéralisation en laissant le marché agir sur les prix. Le Gouvernement n'intervient qu'à 3 conditions : il faut que le produit soit essentiel à la vie quotidienne du peuple, par exemple, le sel ; qu'il y ait une fluctuation violente et imprévue du prix de ce produit, et que cette fluctuation ait des répercussions graves sur la production ou à la vie du peuple ;
- un petit nombre de produits du fait même de la et des rares ressources : l'or, l'argent et autres métaux rarissimes. La libéralisation des prix pourrait augmenter malencontreusement la production du produit et porter atteinte aux ressources de ce produit, et même à l'environnement, en même temps, le prix ne pourrait pas baisser. Donc, l'intervention gouvernementale dans ce domaine a pour but d'un côté d'encourager une production organisée, de l'autre, de restreindre la consommation grâce à l'augmentation du prix.
- produits en situation de monopole naturel. Le secteur de monopole naturel désigne un secteur dans lequel la concurrence fait défaut pour des raisons naturelles, ou des conditions de haute technicité et pour répondre à l'exigence de marché d'envergure : l'approvisionnement et l'infrastructure pour l'eau, le gaz, l'électricité, le chauffage et le pétrole. Tous les continents connaissent une forte concentration sur le marché de l'énergie. Sans cette intervention gouvernementale, d'importantes

⁴⁰⁸ L'article 37 et 38 de la Loi des Prix.

⁴⁰⁹ L'article 33, 34 du chapitre 5 de la Loi des Prix.

⁴¹⁰ L'article 18 de la Loi des Prix.

hausse de prix des produits énergétiques, émanant de la position du monopole des fournisseurs iraient inévitablement à l'encontre du bien-être des consommateurs. C'est la leçon que la Chine a apprise de l'Union européenne qui d'un côté, a déclenché des vagues d'efforts de libéralisation à l'échelle européenne dans les secteurs de l'énergie à partir de 2002, d'un autre côté, a dû se mettre à agir à partir d'une enquête de juin 2005 pour résoudre les problèmes de la forte concentration des marchés de gros, de la séparation insuffisante du réseau et de la distribution, d'une capacité transfrontalière insuffisante ou indisponible, du manque d'informations fiables et disponibles en temps réel sur la disponibilité du réseau, de la concurrence limitée du marché de détail et de la taille réduite des zones d'équilibrage, etc.⁴¹¹

- services publics d'importance. Les secteurs publics de service d'importance sont les secteurs comme le transport, la poste, et la télécommunication. En réalité, le Gouvernement chinois a déjà introduit une politique de libéralisation dans les secteurs du transport et des télécommunications⁴¹².

- services d'intérêt public d'importance. Il s'agit de secteurs comme l'éducation, les hôpitaux, etc. Leur prix d'accès est souvent déterminé par l'Etat, car la nature de ces établissements n'est pas la recherche du profit maximal, mais le bien-être de la masse populaire. Il existe quelques exceptions : les tarifs de consultation de cliniques privées, le tarif d'accès aux écoles privées sont fixés par eux-mêmes selon le rapport de demande et d'offre du marché pertinent.

274. Pour l'heure, même dans les pays développés, il existe une certaine proportion de produits et services dont le prix est fixé ou dirigé par l'Etat. Les prix de l'électricité, du gaz, du transport, de la poste, de l'eau sont souvent réglementés par l'Etat. Par exemple, en Allemagne et aux Etats-Unis, le chiffre d'affaires des produits et des services dont le prix est réglementé par l'Etat représente 10% du chiffre d'affaires des produits et services totaux. En Italie, cette proportion est de 24%, au Japon, 16%. De même, en Chine, le chiffre d'affaires des produits et des services dont le prix est dirigé ou décidé par le Gouvernement est à peu près de 10%

⁴¹¹ Rapport de la Commission européenne sur la politique de concurrence 2006, Bruxelles, le 25 juin 2007 COM(2007) 358 final (SEC(2007)0860).

⁴¹² *Supra*. n° 191.

de la totalité du chiffre d'affaires des tous les produits et services.⁴¹³ Cela montre que le marché chinois en matière de prix est assez transparent et que l'intervention gouvernementale est objective et réaliste si on se réfère aux expériences occidentales.

Selon l'article 19 de la Loi des Prix, le champ d'application, la compétence et le pouvoir des autorités compétentes de réglementer le prix doivent se baser sur les catalogues du Gouvernement central⁴¹⁴ et des autorités locales, qui sont élaborés et publiés par chaque autorité compétente chargée de la gestion des activités de prix, avec l'autorisation du Conseil des Affaires d'Etat.

B. Le régime de l'information sur les prix

275. Dans les activités concernant les prix, après la fixation du prix des produits, les professionnels assument encore une obligation importante pour le bon fonctionnement du marché, celle d'informer les consommateurs sur les prix de leurs produits ou de leurs services. Cette obligation imposée par la loi comprend trois parties : annoncer publiquement les prix, respecter les prix annoncés, et facturer.

1. Obligation d'annoncer publiquement les prix

1) Le principe de l'obligation

276. Fournir l'information publique sur les prix aux consommateurs est une obligation pour les professionnels, puisque l'information publique sur les prix peut empêcher les professionnels (les vendeurs et les prestataires) de pratiquer des discriminations entre les consommateurs (les acheteurs) et que ces derniers peuvent rester totalement libres de contracter ou de ne pas contracter. Il est imposé par l'article 13 et l'article 24 de la Loi des Prix respectivement sur le prix fixé librement par les professionnels et le prix dirigé ou déterminé par l'Etat que « *Tout acteur lors de vente, d'achat des produits, de prestation des services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage publier le prix des produits et des services concernés conformément aux règlements publiés par les autorités chargées de la gestion des prix* », et que « *Les autorités chargées de la gestion des prix doivent informer publiquement les consommateurs et les professionnels sur le prix dirigé ou*

⁴¹³ Groupe du travail législatif du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale e Chine, *Illustration des articles, les motifs de législation et des Règlements corrélatifs de la Loi des Prix de la République Populaire de Chine de 1997*, Edition de l'Université de Beijing, 1997.

⁴¹⁴ Le catalogue du Gouvernement central de prix des produits et de tarif de transport a été modifié à plusieurs reprises : en 1963, 1973, 1983, 1992. La modification de 1992 était un point tournant au procès de la réforme de prix.

déterminé par l'Etat une fois fixé». C'est une manifestation de l'application de la double voie des prix⁴¹⁵ en Chine, et aussi une différence remarquable avec la loi française dont l'obligation d'information s'étend aux limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et aux conditions particulières de la vente⁴¹⁶. Les infractions sont recherchées et sanctionnées de peines d'amende par les autorités compétentes dans les conditions prévues par l'article 11 du « Règlement concernant les sanctions administratives des pratiques illégales à l'égard de prix » de 1999 :

« Le professionnel sera sommé de corriger son acte illégal, se verra confisquer ce qu'il a gagné par son acte illégal et sera même sanctionné d'une peine d'amende de 5000 yuan RMB (à peu près 500 euros), si son acte illégal est l'un des quatre suivants :

- a. ne pas avoir marqué publiquement et clairement le prix ;*
- b. le contenu et la modalité de marquage, d'étiquetage, d'affichage ne sont pas ceux prévus par la loi ou le règlement ;*
- c. vendre le produit plus cher que le prix du marquage, de l'étiquetage, de l'affichage ou demander des frais qui n'ont pas été affichés publiquement ;*
- d. d'autres actes illégaux contrevenant au principe d'annonce publique des prix».*

Quant à la publicité des prix, la réglementation s'applique aux annonces de prix chiffrés, non pas aux annonces purement littéraires (prix choc, prix sensationnels, etc) qui peuvent tomber sous le coup de la publicité trompeuse.

2) Le mode d'information

277. Il n'existe pas encore un texte particulier sur le mode d'information. La raison de ce manquement est ce qu'il y a peu d'affaires intentées par les consommateurs ou les professionnels devant la juridiction. L'heure va venir, quand consommateurs et professionnels sauront se protéger par la loi, au fur à mesure de l'approfondissement de la réforme et de l'ouverture. De toute façon, se préparer par avance vaut mieux que rester sans rien faire. Sans doute l'expérience française peut être un trait de lumière pour la Chine. A cet égard, il y a l'arrêté de 1987 en France qui distingue trois cas principaux :

⁴¹⁵ *Supra.* n°103.

⁴¹⁶ L'article 113-3 du Code de la consommation : « Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la

- pour les produits exposés à la vue du public, que ce soit en vitrine ou à l'intérieur du magasin, le prix doit faire l'objet d'un marquage par écriteau ou d'un d'étiquetage. Le prix doit être indiqué sur le produit lui-même, de façon qu'il n'existe aucune incertitude quant au produit auquel il se rapporte. Il doit être parfaitement lisible, soit de l'extérieur, soit de l'intérieur de l'établissement. Pour les produits non exposés à la vue du public mais disponibles pour la vente au détail, le prix doit être marqué sur le produit ou son emballage, ou sur une étiquette.
- Pour les prestations de services, le prix doit faire l'objet d'un affichage dans les lieux où la prestation est proposée au public. Ce document doit être parfaitement lisible de l'endroit où la clientèle est habituellement reçue.
- Lorsque l'achat du produit ou la prestation du service est proposé au consommateur selon une technique de communication à distance (par téléphone, vidéotransmission, voie postale, Internet) au lieu de l'être dans les lieux habituels de réception de la clientèle, le prix doit être indiqué de façon précise, par tout moyen faisant preuve, avant la conclusion du contrat.⁴¹⁷

3) Le contenu de l'information

278. L'article 13 de la Loi des Prix oblige les professionnels lors de vente, ou d'achat de produits, de prestations des services à publier le prix des produits et des services concernés par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage conformément aux règlements publiés par les autorités chargées de la gestion des prix. A cette fin, les professionnels doivent marquer le nom du produit, son origine, son prix, sa qualité, le modèle, l'unité de mesure, l'article de service et le standard tarifaire, etc.⁴¹⁸ Le prix doit être exprimé en monnaie chinoise. Chaque commerçant doit adopter la même unité de mesure pour les produits d'une même catégorie. Cependant, les informations sur le prix des produits ou des services ne comprennent pas les taxes fiscales.

2. *Obligation de respecter les prix annoncés*

279. C'est un truisme que les professionnels ont l'obligation de respecter les prix annoncés par eux-mêmes. Lorsqu'il annonce un prix pour un produit ou un service déterminé, il se met en situation d'offrant. Dès qu'un consommateur accepte l'offre,

vente, selon les modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation. »

⁴¹⁷ Jean Calais-Auloy, Frank Steinmetz, *op.cit.* p.370.

⁴¹⁸ L'article 13 de la Loi des Prix.

le contrat est conclu, le professionnel est donc obligé de fournir le produit ou le service au prix annoncé.

Théoriquement, ce principe a trois sens : Premièrement, tout produit ou service commandé pendant la période à laquelle s'applique une publicité de prix doit être fourni au prix indiqué par cette publicité, quelle que soit la date de livraison. Deuxièmement, les produits ou les services qui font l'objet d'une publicité de prix doivent rester disponible pendant toute la période à laquelle se rapporte cette publicité. Troisièmement, les produits ou les services qui font l'objet d'une publicité de prix doivent être fournis à tout demandeur dans les conditions annoncées.

3. Obligation de facturer

280. Dans tous les pays à l'économie de marché, « *le droit de la facture est un droit extrêmement complexe, inspiré par des préoccupations nombreuses et très diverses : fiscales, comptables, sociales, pénales, économiques, commerciales, informatiques, télématiques, etc.* »⁴¹⁹ Il n'est pas question d'en faire ici une étude d'ensemble. Nous nous intéressons aux règles de facturation qui exercent une influence sur la transparence tarifaire au stade intermédiaire. Ces règles sont établies par les « Mesures administratives de la facturation de la République Populaire de Chine », et les « Directives détaillées des Mesures administratives de la facturation de la Chine » du 23 décembre 1993.⁴²⁰ Une modification des « Mesures administratives de la facturation de la Chine » a été mise en consultation publique depuis le 30 juillet 2007 pour tenter d'améliorer la transparence tarifaire.

1) L'obligation de facturation

281. Selon l'article 3 des « Mesures administratives de la facturation de la Chine », la facture est le document fourni ou reçu qui témoigne du paiement définitif lors de la transaction des produits, ou de la prestation de services en fonction de la quantité fournie.⁴²¹ Contrairement à un régime occidental comme celui de France dans lequel la facture est facultative pour les produits vendus aux consommateurs, obligatoire pour les services qui leur sont fournis, le régime chinois de la facture stipule que le fournisseur de produit et le prestataire de service doivent obligatoirement facturer les produits vendus et les services fournis. Le vendeur est tenu de délivrer la facture

⁴¹⁹ Claude Lucas de Leyssac, Gilbert Parleani, *op. cit.* p.283.

⁴²⁰ L'Ordonnance n° 6 du Ministère des Finances de la Chine du 23 décembre 1993 sous l'autorisation du Conseil des Affaires d'Etat : « Mesures administratives de la facturation de la République Populaire de Chine ».

⁴²¹ L'article 3 des « Mesures administratives de la facturation de la République Populaire de Chine ».

dès la réalisation de la vente ou de la prestation des services, l'acheteur est tenu de la réclamer.

L'Administration fiscale générale d'Etat et ses branches provinciales, de régions autonomes, de municipalités relevant directement de l'autorité centrale se chargent conjointement de la gestion de la facture dans la limite de leurs compétences respective. Les administrations fiscales d'apurement des comptes, de gestion administrative sur l'industrie et le commerce, de sécurité publique doivent coopérer avec l'Administration fiscale générale d'Etat et ses branches locales dans le cadre de la gestion de facture.⁴²²

2) Le contenu de la facture

282. Les règles relatives au contenu de la facture ont notamment pour but de permettre une description précise de l'opération réalisée de façon qu'elle puisse être comparée avec l'offre sur le marché. Elles sont énoncées par l'article 4 des « Directives détaillées des Mesures administratives de la facturation » qui prévoit que le pouvoir de classification des différents types de facture relève de l'autorité au-dessus de la province. La facture doit être émise en trois exemplaires, le premier exemplaire est la souche conservée par celui qui dresse la facture, le deuxième exemplaire en tant que preuve de paiement qui en effet participe de la nature de la facture est conservé par celui qui reçoit la facture, le troisième est gardé comme preuve originale comptable par celui qui dresse la facture⁴²³, chaque partie devant conserver le sien. Quand au contenu, l'article 5 dispose :

« La facture doit mentionner le nom, le numéro de l'exemplaire, et l'usage de la facture ; le nom des parties ainsi que leur adresse, leurs comptes bancaires, leurs succursales bancaires ; la dénomination précise du produit ou du service, l'unité de mesure, la qualité, la quantité, le prix unitaire des produits vendus et des services rendus, la somme totale à payer; la date et le lieu de la vente ou de la prestation de service, le décompte détaillé en quantité et prix, ainsi que tous taux fiscaux, tout prélèvement fiscal. »

3) La spécificité du régime chinois de facture

283. Par rapport au régime occidental de la facture, le régime chinois suit en effet une autre voie. Les concepts comme 'barème' et 'conditions générales de vente'

⁴²² L'article 4 des Mesures administratives de la facturation de la République Populaire de Chine».

⁴²³ Les articles 3, 4, 5 des « Directives détaillées des Mesures administratives de la facturation de la République Populaire de Chine » du 23 décembre 1993.

n'existent pas dans le droit chinois de la facture. La facture est une formule uniformément imprimée et distribuée par les centres des impôts. En matière de transparence, les points sensibles concernant les activités de facturation ne sont pas seulement ceux qui touchent au prix. Les actes condamnés se classifient en cinq types : imprimer sans autorisation la facture⁴²⁴, procurer illégalement la facture⁴²⁵, facturer illégalement⁴²⁶, conserver indûment la facture⁴²⁷, refuser l'examen de l'autorité de contrôle⁴²⁸. Toute inobservance des règles de facturation est punissable de sanctions très sévères : le professionnel qui a transgressé ces règles subira des mesures administratives coercitives comme l'apposition de scellés, la saisie et le gel de ses biens, une amende de 10 000 RMB à 50 000 RMB ou une punition pénale⁴²⁹.

Une autre spécificité repose sur la langue utilisée pour la facture. La langue Mandarin n'est pas la seule langue de facturation, les langues d'ethnies minoritaires s'emploient dans la région autonome de la minorité ethnique, et par ailleurs, l'entreprise étrangère ou l'investisseur étranger peuvent aussi employer une langue étrangère à côté de la langue chinoise⁴³⁰.

284. En définitive, la Loi des Prix de 1998 était le fruit de la première vingtaine d'années de réforme économique de l'Etat chinois. Depuis son entrée en vigueur en 1998, dix ans ont passés, la situation économique et le marché chinois actuel ne sont plus comme ceux de 1998, d'autant plus qu'il y a eu la crise de SARL en 2003, le développement stable et de vitesse surprenante de 2004 à 2006, la surchauffe économique à partir de 2006, la crise des céréales de 2008, et d'autres événements tragiques et difficiles sur le plan humain, sans compter les catastrophes naturelles.

La Loi des Prix n'est plus à même de répondre à la nouvelle situation économique, particulièrement, la partie concernant les abus dans la détermination des prix et les sanctions de ces abus⁴³¹. La Loi des Prix garde toujours sa vigueur. Pourtant, la réglementation sur les prix ne peut pas s'arrêter avant que soit établi un véritable système d'économie de marché. On voit deux caractéristiques dans la

⁴²⁴L'article 46 des « Directives détaillées des Mesures administratives de la facturation de la République Populaire de Chine » du 23 décembre 1993.

⁴²⁵Les articles 47, 49 des Directives précitées.

⁴²⁶L'article 48 des Directives précitées.

⁴²⁷L'article 50 des Directives précitées.

⁴²⁸L'article 51 des Directives précitées.

⁴²⁹Les articles 37, 38, 38, 40 des Directives précitées.

⁴³⁰L'article 36 des Directives précitées.

⁴³¹Dans la Loi des Prix de 1998, l'article 14, et les articles de 39 à 44 du chapitre 6 sont les dispositions visant les abus dans l'activité des prix et instituant les responsabilités juridiques de chaque acte illégal.

réforme récente : délimitation plus précise des actes illégaux à propos des prix et sévérité des sanctions de ces actes illégaux.

Le «Règlement concernant les sanctions administratives des pratiques tarifaires illégales» de 1999, modifié en janvier 2008, a précisé la responsabilité juridique des professionnels due à leurs pratiques illégales à l'égard de prix. D'autres règlements, tels que les «Mesures d'application des sanctions administratives aux pratiques illégales tarifaires », le « Règlement pour réprimer le dumping du prix très bas », «Règlement d'annoncer publiquement le prix de produits et services par voie de marquage, d'étiquetage », «Règlement d'interdiction de la fraude tarifaire », « Règlement provisoire de réprimer la pratique du monopole de prix », « Règlement de la dénonciation des pratiques illégales tarifaires », etc., constituent un fondement juridique des sanctions administratives qui ont pour finalité d'améliorer la transparence du marché et le bon fonctionnement de l'économie du marché chinois.

TITRE II L'ARBITRAGE DU JEU DE LA CONCURRENCE AU SEIN DU MARCHE CHINOIS

285. Les systèmes d'application des dispositions législatives du droit de la concurrence varient selon les régions du monde, les pays. Pourtant, les lois et amendements qu'ils soient déjà en vigueur ou récemment adoptés, dans ces différents pays témoignent d'une tendance, d'une convergence remarquable à donner la plus grande importance à la création d'un système d'application de la loi. Le bon fonctionnement d'un système d'application sera justifié par les éléments constitutifs suivants : un organisme public quasi autonome ou indépendant, doté de pouvoirs juridictionnels et administratifs étendus, une série d'instruments de répression pour mener des enquêtes, appliquer des sanctions, etc., une procédure alliant l'exigence de la justice et l'efficacité, une possibilité de recours devant un organe judiciaire supérieur. Parmi ces éléments, l'organe de tutelle de la concurrence est la clé de voûte de l'application de la loi de la concurrence.

286. Au niveau technique de la législation, le droit matériel de la concurrence sert de meilleur exemple de transplantation et emprunt du système juridique. Par contre, la plus grande différence dans la politique de la concurrence entre Etats se trouve au stade du système d'application de la loi. Car il est plus difficile pour chaque pays, par rapport à la transplantation du droit matériel de la concurrence, d'établir son système d'application du droit de la concurrence qui doit convenir non seulement à l'environnement de sa politique juridique, à la tradition de sa culture et de son histoire, mais aussi à la finalité économique et sociale escomptée à réaliser par sa loi de la concurrence. La Chine en a bien témoigné. A ce titre, il est permis d'envisager d'abord l'établissement du système d'application administrative des règles de concurrence en Chine qui a surmonté les empêchements actuels en faisant référence aux expériences étrangères (**Chapitre I**), ensuite, le contrôle du système juridique dont l'intervention est indispensable pour garantir l'égalité et la justice de l'application administrative de la Loi antimonopole (**Chapitre II**).

Chapitre 1 L'application administrative des règles de concurrence

287. Construire le système d'application administrative du droit chinois de la concurrence ne fut pas sans difficulté, puisqu'il existait une rivalité de pouvoir entre les administrations et beaucoup d'options de référence à des expériences étrangères (**Section 1**). Cependant, après la construction des institutions de la concurrence, l'organisation et le partage des compétences entre ces institutions ne sont pas sans complexité non plus dans le système chinois (**Section 2**).

Section 1. Constitution des institutions de la concurrence

288. Instaurer un système d'application administrative du droit de la concurrence implique la création de nouveaux organes administratifs ou le remaniement d'anciens organes administratifs au sein du Gouvernement chinois. Au-delà de la question de clarifier les rapports entre les trois anciennes administrations du droit du marché, cela intéresse la fonction du Gouvernement et au fond, le régime politique de l'Etat chinois. Finalement, la conception des institutions de la concurrence en Chine s'est traduite dans diverses propositions des juristes (§2), après une longue période de préparation qui a consisté en recherches scientifiques étendues et en séries de réformes du régime politique du Gouvernement chinois (§1).

§1. Préparation de l'établissement des institutions de la concurrence

289. Les recherches scientifiques dans le domaine du droit de la concurrence qui sont le prélude de l'évolution du droit du marché en Chine se déploient en deux étapes dans le temps (**I**). Elles se concentrent sur trois modèles d'expériences étrangères qui servent de référence importante à l'installation des institutions de la concurrence. (**II**).

I. Deux voies de recherches scientifiques

290. Trouver le soutien théorique et conceptuel pour résoudre les problèmes chinois est la mission incontournable de toutes les investigations sur les expériences étrangères. Ainsi se fait la recherche des systèmes étrangers de la concurrence qui débute dès les premières années de la décennie 1980 par l'étude des pays industrialisés. Il apparaît deux voies principales.

A. La première voie au début des années 80 du 20^e siècle

291. La première voie commence par l'introduction des théories et des conceptions générales des législations anti-monopoles au début des années 80 du 20^e siècle. A ce stade embryonnaire, les chercheurs chinois ne font que de présenter les théories et les systèmes généraux du droit anti-monopole, en traduisant les ouvrages occidentaux en la matière⁴³². Cette pédagogie générale unifie les points de vue différents sur la concurrence.

Après la mise en route de la politique d'ouverture et de la réforme économique, les divergences de vue sur la concurrence parmi les milieux des sciences juridiques et économiques suscitaient une polémique sur la nécessité de l'adoption d'une Loi antimonopole. Le terme « antitrust » dans la loi anti-monopole était considéré par beaucoup d'économistes comme une entrave au développement de l'économie d'échelle et à la réforme des entreprises publiques. L'idée de reporter la promulgation de la Loi antimonopole est que dans le double contexte de la mondialisation des échanges et de l'approfondissement du marché intérieur chinois, il est vital pour les entreprises chinoises de se concentrer pour atteindre la taille qui leur permettra de demeurer compétitives face à la concurrence des principaux partenaires, comme les Etats-Unis et l'UE, et qui leur donnera les moyens d'être elles-mêmes conquérantes sur les marchés extérieurs, dans la vague des fusions internationales. Cette polémique véhémente entre les milieux de juristes et d'économistes a balayé le pays tout entier, de même que les mots 'anti-trust' et 'monopole' sont devenus très populaires et très connus de tous, même des enfants et des illettrés de lieux isolés. Paradoxalement, cette polémique a joué un rôle éducatif pour la culture de concurrence dans le pays.

La simple traduction d'ouvrages étrangers élargit l'horizon de connaissance du droit de la concurrence parmi les spécialistes, si bien qu'il en résulte un commun accord entre les juristes et les économistes sur le concept du droit antimonopole qui au lieu de restreindre la croissance d'envergure de l'entreprise, a pour but d'inciter et de maintenir la concurrence entre acteurs économiques sur le marché.

B. La deuxième voie à la fin des années 80 du 20^e siècle

⁴³² Parmi ces ouvrages, on en énumère quelques-uns: WANG Xiaoye, *Droit de la concurrence de la Communauté européenne*, édition de Système juridique de Chine, 2001. KONG Xiangjun, *Théories du droit antimonopoles*, édition du Système juridique, 2001. SHANG Ming (dir.), *Compilation des droits antimonopoles des Pays et Régions principaux du monde*, édition du Droit, 2004. Richard A. Posner, *Antitrust Law*, traduit par SUN Qiuning, édition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 2001.

292. A la suite de la première voie, dans le vacarme de la polémique sur la nécessité d'élaborer une loi de la concurrence entre les juristes et les économistes à la fin des années 80, l'élaboration de la loi chinoise de la concurrence s'est amorcée sur la base d'une panoplie de recherches générales. Pour élaborer la Loi antimonopole, les recherches de juristes chinois s'approfondissent dans l'étude comparée de différents systèmes du droit de la concurrence en ce qui concerne la finalité, le principe, les doctrines et théories, les concepts spécifiques en la matière. C'est ainsi que la loi contre les concurrences déloyales, la loi sur les prix et d'autres législations sur les activités économiques ont vu le jour successivement. Malgré ces lois, la plupart des règles du marché sont administratives.⁴³³

Parallèlement étaient rejetés plusieurs projets de Loi antimonopole adressés par les organes existants du marché, tels que le Comité national de Développement et Réforme (CNDR), l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce (AIC) et le Ministère du Commerce de la Chine (MOC) qui sont devenus automatiquement les autorités compétentes pour appliquer les règles du marché dans leur propre sphère. Le CNDR qui a la prééminence sur les appels d'offre pour les projets ayant une dimension nationale, est chargé de l'application de la Loi sur les Prix entrée en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1998, en émettant des directives sur l'application de cette loi. L'AIC et ses ramifications provinciales, sont compétentes dans l'application de la Loi Contre les Concurrences Déloyales de 1993 par les directives qu'elles émettent sur les questions d'application de cette loi. Le MOC, quant à lui, est riche des expériences sur la gestion d'entreprise et de marché. Ces trois organismes nationaux rivalisent pour obtenir le monopole dans l'application de la loi anti-monopole en Chine. Par conséquent, au cours de la conception de la Loi antimonopole, la question de créer un organe unique de tutelle de la concurrence, de nature non juridictionnelle, ayant pour mission de donner des avis sur les questions concernant la concurrence, notamment sur les concentrations d'entreprises et étant investi du pouvoir de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles est délicate et épineuse. Puisqu'il est impossible de créer une harmonisation de l'application des règles du marché par ces trois autorités aux compétences rivales, les juristes chinois

⁴³³ Parmi les règlements administratifs les plus importants, figurent « Les dispositions provisoires de la gestion des prix des importants moyens de production, communications et transports » par le Conseil des Affaires d'Etat, « Les règlements à titre d'essai en matière de fusion des entreprises » par le Comité de Réforme du Système d'Etat, les « Règles sur l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles des entreprises publiques » par l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce, etc.

se mettent davantage à la recherche des structures institutionnelles étrangères relatives à la concurrence.

II. Trois modèles de référence

293. Après avoir étudié les grands systèmes juridiques de la planète, trois modèles principaux du système d'application de la loi de la concurrence attirent l'attention des juristes chinois, en leur donnant l'inspiration nécessaire pour concevoir les institutions chinoises de la concurrence. Modèle 1 : la concomitance des organes de tutelle de la concurrence et la juridiction. Modèle 2 : la concomitance des organes de tutelle et de consultation de la concurrence avec la juridiction. Modèle 3 : la concomitance d'un organe unique de tutelle de la concurrence avec la juridiction.

A. La concomitance des organes de tutelle de la concurrence et la juridiction

294. Dans ce modèle, deux exemples paraissent plus remarquables, à savoir celui des Etats-Unis et celui de la France.

Aux Etats-Unis, le pouvoir de l'application administrative de la législation antitrust est dans les mains de la Federal Trade Commission (FTC) créée par l'Act of Federal Trade Commission en 1914 et de la Division antitrust du Département de la Justice (DOJ) établie en 1903. Les deux autorités se partagent parallèlement les tâches de surveiller le fonctionnement de la concurrence sur le marché. En jouissant du pouvoir administratif, quasi-législatif et quasi-judiciaire, le DOJ se charge de l'application du Sherman Act et du Clayton Act, tout en pouvant déclencher la procédure civile qui interdit l'infraction continue et la procédure pénale dans laquelle sont susceptibles d'être proclamées par les juges de la juridiction, la sanction pécuniaire à l'unité, l'amende et la détention. Chargée de l'application du Federal Trade Commission Act, la FTC peut aussi saisir les tribunaux fédéraux, mais seulement dans l'affaire civile dans laquelle se mêle une question de concurrence. Pourtant, elle tient le pouvoir de donner la décision finale des affaires antitrust. En outre, en matière de procédure judiciaire, l'article 4 du Sherman Act et l'article 5(e) du Federal Trade Commission Act confient la priorité aux affaires antitrust devant les tribunaux fédéraux pour que ces derniers puissent juger le plus rapidement que possible des affaires ordinaires.⁴³⁴

⁴³⁴ Mark R. Joelson, *An International Antitrust Primer-A Guide to the Operation of United States, European Union and Other Key Competition Laws in the Global Economy*. 3^e Edition. Kluwer Law International, 2006. pp.31-35.

Dans le domaine du contrôle des concentrations, la FTC publie périodiquement des «mergers guidelines » pour informer le DOJ et les entreprises de la pratique des autorités antitrust et des types de concentrations qui peuvent être remis en question, les dernières Horizontal Mergers Guidelines datant de 1992. Ces lignes directrices ne constituent pas une loi mais des recommandations pour le DOJ afin d’engager les actions contre les opérations de concentration indésirables. Veillant à l’application du Sherman Act, le DOJ constitue une émanation du pouvoir exécutif et, à la différence de la Commission Européenne, est habilité à prendre des sanctions pénales.

295. En France, la Direction générale de la concurrence, de la consommation, et de la répression des fraudes (DGCCRF) du ministère de l’Economie, des Finances et de l’Industrie partage, avec le Conseil de la concurrence, la responsabilité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Ce dualisme institutionnel est une originalité française qui permet une spécialisation des rôles entre une instance qui dispose du monopole de l’exercice des sanctions, et une direction dont le cœur de métier est la conduite des enquêtes sur le terrain⁴³⁵. La DGCCRF intervient également dans les procédures devant le Conseil de la concurrence et joue un rôle actif dans les procédures civiles, commerciales ou pénales dans lesquelles le droit de la concurrence s’applique.

Le Conseil de la concurrence qui est «*un organisme administratif de nature non juridictionnelle*»⁴³⁶ dispose du monopole en matière d’injonctions de modifications des comportements des opérateurs. Il a le pouvoir de réprimer la pratique par une sanction pécuniaire proportionnée au dommage à l’économie et d’assurer le retour au fonctionnement concurrentiel du marché à travers des injonctions adaptées. Il connaît également des pratiques d’entente, d’abus de position dominante ou de prix de vente aux consommateurs abusivement bas qui lui sont déférées ou dont il se saisit et à l’égard desquelles il dispose du pouvoir de prononcer des injonctions, parfois très contraignantes, pour mettre fin à des situations jugées contraires au jeu normal de la

⁴³⁵ Guillaume Cerutti, Directeur général de la DGCCRF (la Direction générale de la concurrence, de la consommation, et de la répression des fraudes), *La DGCCRF et la Lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : état des lieux et nouveaux enjeux*, in *La Modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de Guy CANIVET, édition L.G.D.J 2006, pp.319-323. D’après l’auteur, la loi de la concurrence est un droit du marché. Le contentieux est donc un contentieux objectif où des entreprises nommément désignées sont certes visées par la procédure mais où leurs comportements ne peuvent être appréciés qu’au regard des structures et du fonctionnement même des marchés sur lesquels elles opèrent. Par conséquent, les comportements individuels ne sont qualifiables qu’à raison du cumul de leurs caractéristiques intrinsèques et d’une situation de marché extrinsèque. Plusieurs décisions récentes du Conseil de la concurrence illustrent cette nécessité d’une analyse approfondie du marché dans le contentieux de l’article L.420-1 du Code de commerce.

⁴³⁶ La définition statuée par la décision du Conseil constitutionnel du 24 janvier 1987.

concurrence ou d'infliger des sanctions pécuniaires qui peuvent atteindre 10% du montant du chiffre d'affaires des entreprises sur le plan mondial, ainsi que d'un pouvoir d'information du marché par la publication de ses décisions. Il lui est également permis, en cas d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprises plaignante, de prendre, comme le juge des référés dans la sphère judiciaire, des mesures conservatoires dont le contenu peut parfois engager l'avenir. Et toutes ces décisions sont susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Paris.

La procédure contentieuse devant le Conseil de la concurrence est régie par les dispositions du chapitre III du titre VI du Livre IV du Code de commerce. Cette procédure est pleinement contradictoire (article L. 463-1 du Code de commerce). Elle associe étroitement la DGCCRF à chaque étape de la procédure par l'intermédiaire de commissaires du gouvernement qui sont nommés par arrêté du ministre de l'Economie dans la DGCCRF (le directeur général, le chef du service de la régulation et de la sécurité, deux sous-directeurs), ce qui confère à la DGCCRF une compétence générale de représentation du Gouvernement dans les procédures contentieuses du Conseil de la concurrence.⁴³⁷ En autres termes, dans le procès administratif de la concurrence, le rôle de la DGCCRF est la conduite des enquêtes sur le terrain et la supervision des décisions du Conseil de la concurrence et du procès auprès de la Cour d'appel de Paris.⁴³⁸

296. Malgré leurs similarités, telles que la mise en place de deux organes indépendants, des juridictions de dernière garantie, les différences entre ces deux systèmes résident en trois points :

Premièrement, les rapports entre les deux organes de tutelle de la concurrence de chaque pays sont différents. Aux Etats-Unis, les rapports entre le DOJ et la FTC s'établissent sur pied d'égalité ; Chacun est à la fois décideur et enquêteur dans son domaine, la FTC dans les affaires antitrust, le DOJ dans le domaine des concentrations. Tous les deux coopèrent en même temps en matière de concentration, la FTC publie les «mergers guidelines », le DOJ les exécute. Par rapport au système

⁴³⁷ Micheline Pasturel, Conseiller honoraire à la Cour de cassation, Ancien vice-président du Conseil de la concurrence, *Le procès devant le Conseil de la concurrence*, in *La Modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de Guy CANIVET, édition L.G.D.J 2006, pp.333-336.

⁴³⁸ Guy Canivet et Laurence Idot (dir.), *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : Evolutions et perspectives*, LexisNexis, Litec, mars 2008. p.17, par Bruno LASSERRE, président du Conseil de la concurrence.

américain, le Conseil de la concurrence est plutôt décideur, la DGCCRF enquêteur et superviseur.

Deuxièmement, aux Etats-Unis, les deux organes peuvent être représentant d'Etat pour intenter un procès civil ou pénal devant les juridictions fédérales pour faire réprimer les infractions. D'ailleurs, le DOJ possède le pouvoir administratif, quasi-législatif et quasi-judiciaire, il est habilité à prendre des sanctions pénales dans les affaires de concentration. Aucun des deux organes français n'a un tel pouvoir.

Troisièmement, les tribunaux de deux pays, dans l'application du droit de la concurrence, jouent un rôle différent. En France, la Cour d'appel de Paris n'est saisie que dans les recours des décisions finales prises par le Conseil de la concurrence. Par contre, aux Etats-Unis, les tribunaux fédéraux sont souvent saisis directement par les deux organes de tutelle de la concurrence, sans parler d'innombrables actions privées intentées par des individus.

297. Si l'on met les systèmes américain, français et la réalité chinoise en regard, la formule française qui a institué un organe interventionniste comme la DGCCRF dans la procédure d'un autre organe ne peut pas être acceptée par la Chine, compte tenu de la rivalité de trois organes chinois qui ne voulaient pas être dérangé par l'autre dans son application de la loi. Quant à la formule américaine, l'idée de conférer à ces organes administratifs un pouvoir judiciaire, - pourtant, bienvenue pour les organes administratifs,- est encore insupportable pour les juristes chinois qui tiennent à l'indépendance de la juridiction chinoise. Cependant, le point commun des deux systèmes, américain et français, c'est-à-dire la concomitance de plusieurs organes dans l'application du droit de la concurrence est acceptable, ainsi que l'idée que chaque organe sera doté du pouvoir d'enquête et de décision finale dans son domaine, tant pour les organes existants que pour les juristes chinois.

B. La concomitance des organes de tutelle et de consultation de la concurrence avec la juridiction

298. Dans ce modèle, le cas de l'Allemagne et celui de l'Angleterre font l'objet de recherches des juristes chinois.

La structure fédérale et la séparation des rôles produisent un jeu complexe d'institutions en Allemagne. La caractéristique qui définit peut-être le mieux la politique allemande de la concurrence est la culture institutionnelle indépendante du BKartA (Bundeskartellamt).

Le BKartA est la principale institution chargée de la mise en œuvre de la politique de la concurrence, une haute autorité fédérale indépendante, responsable envers le Ministère fédéral de l'Economie et du Travail. La séparation géographique du reste du gouvernement renforce son image d'indépendance. Cette indépendance résulte d'un choix et d'un soutien politiques, et non de garanties ou protections statutaires. Le BKartA opère de manière autonome. Il est responsable de la plupart des décisions de son propre personnel. Son budget constitue un poste séparé du budget du ministère qui est soumis au Parlement pour approbation. L'indépendance du BKartA se traduit le plus clairement dans sa structure décisionnelle. Les décisions sont prises dans les affaires particulières par des jurys de trois membres appartenant aux divisions de décision, qui sont organisées et fonctionnent à peu près comme un tribunal judiciaire. Le jury comprend le directeur de la section concernée et deux assesseurs. Les unités de décision peuvent inclure (et incluent généralement) à la fois des économistes et des juristes. Les décideurs sont en fait indépendants, et leur indépendance est protégée par leur statut. Il n'existe aucun appel des décisions adoptées par les divisions de décision devant le président du BKartA, en fait ou en droit. A moins que les parties ne saisissent le ministre d'une demande d'autorisation pour d'autres motifs politiques, leur seul recours consiste à saisir les tribunaux.

Etant donné que l'Allemagne est un état fédéral, il existe un autre ensemble d'autorités chargées de l'exécution de la Loi contre les Restrictions à la Concurrence (LRC) au niveau régional. Pour les conduites (autres que les fusions) dont les effets sont limités à un seul Land (Landeskartellbehörden), l'autorité compétente n'est pas le BKartA, mais l'autorité désignée par la loi locale. Chacun des Länder a un office de la concurrence qui n'est pas responsables à l'égard du BKartA. Ses décisions d'application de la LRC et du droit européen de la concurrence sont indépendantes et définitives. Lorsque les autorités régionales de la concurrence se chargent elles-mêmes de la mise en œuvre des articles 81 et 82, il est toutefois obligatoire que les contacts avec la Commission et les autres autorités de la concurrence passent par l'intermédiaire du BKartA⁴³⁹. En effet, les autorités régionales sont compétentes pour tous les cas d'atteinte au droit de la concurrence dont les effets ne se font pas sentir au-delà des frontières d'un *Land*. Dans tous les autres cas, la compétence revient automatiquement au BKartA.

⁴³⁹ §50 al. 2 de la nouvelle GWB.

Toutefois, le Ministère fédéral de l'Economie et du Travail et la Commission des monopoles traitent de la politique. Ils ne peuvent être impliqués dans des questions d'exécution que lorsqu'il existe une occasion de considérer si les décisions prises en vertu de la LRC doivent être modifiées ou rejetées en raison d'autres considérations politiques.⁴⁴⁰

299. Au Royaume-Uni, la structure institutionnelle prévue pour appliquer la politique de la concurrence reste d'une complexité frappante, même après les réformes de 1998. Elle comporte une commission, la Commission de la concurrence (Competition Commission) qui se préoccupe « *d'intérêt public* » dans les monopoles et pratiques de marché, le Directeur général du commerce équitable ou de la loyauté des pratiques du commerce (DGFT, the General Director of Fair Trading) qui applique la législation de la concurrence modelée sur la législation européenne, et de nombreux régulateurs comme le Département du Commerce et de l'Industrie (Department of Trade and Industry, DTI), l' Office pour la loyauté des pratiques du commerce (Office of Fair Trading, OFT) qui sont également responsables de la mise en oeuvre de la même législation dans leurs secteurs respectifs.

Le DGFT est le principal fonctionnaire chargé d'appliquer la politique de la concurrence. Il est soutenu par l'OFT, service gouvernemental non ministériel. Il agit comme le principal décideur en vertu des dispositions de la loi de 1998 sur la concurrence. Il jouit en même temps de pouvoirs d'investigation, de décision étendus et de prendre des mesures intérimaires, de donner des instructions et d'imposer des pénalités financières.

La Commission de la concurrence qui est le plus ancien organisme européen chargé de la concurrence dans la zone de l'OCDE, a eu essentiellement pour rôle d'étudier, de recommander, d'enquêter et de rédiger des rapports sur les questions qui lui sont soumises. Elle est saisie par le Ministre du Commerce et de l'Industrie, le DGFT et les autorités réglementant des secteurs particuliers. Les tribunaux d'appel font partie de la Commission mais ils fonctionnent séparément. Créés pour prendre connaissance des recours formés contre des décisions prises en application de la loi de 1998 sur la concurrence et se prononcer sur eux, ils peuvent confirmer, écarter ou modifier une décision ou le montant d'une pénalité prise par le DGFT ou une autorité

⁴⁴⁰ Michael Wise: *Droit et politique de la Concurrence en Allemagne*, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, Vol. 7, n°2, OCDE 2005. pp. 40-51. Kurt STOCKMANN, *La Réforme du Droit Allemand de la Concurrence*, Revue Lamy de la Concurrence 2006. n°6. p.113.

de régulation sectorielle, renvoyer la question pour qu'elle fasse l'objet d'une autre action ou d'un plus ample examen⁴⁴¹. Les procédures s'inspirent de celles du Tribunal de première instance des Communautés européennes.

Au sommet de la structure institutionnelle se trouve le Département du Commerce et de l'Industrie dont le Ministre est habilité à nommer le DGFT et les membres de la Commission, à élaborer la législation et la politique gouvernementale concernant la concurrence et à décider les renvois et les recours pour les questions de fusion et de monopole. Il a la nature interventionniste de l'Etat⁴⁴².

L'OFT est en effet un organe éducateur ou propagandiste. La publicité faite autour de ses rapports finaux a toujours constitué un aspect important du travail de la Commission.

300. Même si le système allemand et le système britannique se différencient de manière significative en raison de la clarté structurelle allemande et de la complexité institutionnelle britannique, les juristes chinois ont trouvé un point commun dans ces deux systèmes. Ce point commun qui s'avère utile pour la future structure institutionnelle chinoise, est l'existence d'organes de consultation. Pour l'Allemagne, ce sont le Ministère fédéral de l'Economie et du Travail et la Commission des monopoles qui jouent ce rôle de consultation, n'étant saisi que lorsque d'autres considérations politiques l'emportent, si bien que les décisions prises en vertu de la LRC doivent être modifiées ou rejetées. Pour le Royaume-Uni, un des rôles principaux de la Commission de la concurrence est d'étudier et de recommander, bien qu'elle puisse intervenir dans la décision finale, lorsque l'intérêt général s'entremêle dans une fusion ou un monopole.

D'ailleurs, la relation entre le BKartA et les Länder, dans leur pouvoir d'application du droit de la concurrence, se rapproche de celle existant entre les Administrations générales et leurs ramifications provinciales en Chine. Cela pourrait

⁴⁴¹ Loi sur la concurrence de 1998, annexe 8.

⁴⁴² Le Ministre est habilité par la loi à fixer des orientations pour les questions soulevées et les priorités et il est intervenu au moins une fois, en 1994, pour empêcher le DGFT de poursuivre une enquête. Conscient du fait que ce pouvoir d'intervention, même s'il n'est que rarement utilisé (voire pas du tout : la faculté de donner des instructions à un groupe d'enquête de la Commission⁴⁴² n'a jamais été utilisée), permet de douter que les décisions d'application soient prises indépendamment et sur la base du bien-fondé de chaque cas, le DTI a cherché à limiter son activité à l'action gouvernementale. Les récentes modifications apportées à la loi, comme les propositions de réforme actuelles, visent à permettre davantage au DGFT et à la Commission de prendre des décisions définitives et à limiter la possibilité d'intervention du Ministre dans les décisions d'exécution. Le DTI propose aussi que l'OFT joue un rôle stratégique plus important et plus visible en l'encourageant à attirer l'attention sur les problèmes de concurrence qui résultent de la réglementation et en sollicitant son aide dans l'examen des propositions de réglementation.

être une source d'inspiration pour la future structure institutionnelle chinoise de la concurrence.

C. La concomitance d'un organe unique de tutelle de la concurrence avec la juridiction

301. C'est le cas de la plupart des pays en Asie qui ont adopté une loi de la concurrence. Ces pays asiatiques ne suivent pas aveuglement les autres, mais, en faisant un bilan approfondi des expériences américaines et européennes, créent un système de commission qui rend l'organe plus judiciaire. Les cas du Japon, de la Corée du Sud, de Taiwan l'illustrent bien.

302. Au Japon, la Commission de Fair Trade dont le budget constitue un poste séparé du budget gouvernemental, responsable envers le Premier Ministre, a été créée par l'Anti-monopole Law de 1947 qui prévoit que celle-ci exerce sa compétence indépendamment sans qu'aucun pouvoir puisse intervenir dans les affaires antimonopoles. La Commission de Fair Trade du Japon se compose d'une Direction générale dirigée par le Secrétariat Général, un Bureau de travail, un Service des affaires économiques et un Service d'Enquête. En outre, dans la procédure visant les pratiques anticoncurrentielles, les affaires de la concurrence, le jury ne dépasse pas 5 juges qui sont choisis parmi les fonctionnaires de Direction générale par la Commission de Fair Trade en fonction de leur compétence sur leur expérience des activités économiques, juridiques et sur leur moralité en matière de justice et d'égalité.

303. Tout comme le système japonais, en Corée du Sud, l'organe de tutelle de la concurrence est la Commission coréenne de Fair Trade qui est créée par la «Law of monopole restriction and Fair Trade » en 1980, et qui relève du premier ministre du gouvernement coréen. Tout en jouissant d'un pouvoir indépendant de ce dernier, elle seule, a la compétence d'appliquer la Law of monopole restriction and Fair Trade, de déclencher une enquête sur les pratiques anticoncurrentielles, de rendre la décision finale sur les affaires antitrust. Elle est organisée avec un Commissaire, un vice-Commissaire et cinq membres fonctionnaires.

304. La Fair Trade Commission est le seul organe de l'application de Fair Trade Law à Taiwan. Au plan organisationnel, la Fair Trade Commission a opté pour une organisation territoriale à trois niveaux : Au premier rang se trouve la Fair Trade Commission qui est l'organe suprême de tutelle de la concurrence, chargé de la veille concurrentielle et de l'enquête et des sanctions de pratiques anticoncurrentielles dans

toute l'île. Au niveau intermédiaire se trouve le Bureau de Construction, et au niveau de base se trouve l'administration locale de sous-préfecture.

En détenant le pouvoir de législation, d'enquête et de décision, la Fair Trade Commission est un organe indépendant relevant du gouvernement de Taiwan, pourtant, ce dernier ne peut pas intervenir sur la procédure devant la Fair Trade Commission au sujet de la concurrence.

305. *«L'imitation favorise effectivement la globalisation car tous les systèmes juridiques, à une époque donnée, tendent à s'aligner sur le modèle dominant.»*⁴⁴³ Toutefois il est impossible de copier entièrement le système de l'institution de la concurrence de n'importe quel pays, même s'il peut être le plus moderne, le plus riche, par exemple, comme celui des Etats-Unis⁴⁴⁴.

306. Pourtant, l'esprit démocratique américain a une influence importante en Chine. D'ailleurs, l'exemple européen et français donne à la Chine beaucoup de références concrètes. A côté le droit substantiel de la concurrence dans lequel la Chine a tiré beaucoup de profits des expériences françaises et européennes (on le verra plus loin), on constate que sur le plan politique, la relation de l'Union européenne avec ses Etats membres inspire la Chine dans le domaine de la relation et de la répartition du pouvoir entre le Gouvernement central et les gouvernements locaux. Sur le plan institutionnel, le rapport entre la Commission européenne, les autorités nationales et la Cour européenne de Justice a montré à la Chine qu'un organe indépendant et puissant est plus efficace que le partage du pouvoir entre plusieurs institutions spécialisées, comme la Commission européenne qui conduit une politique de concurrence indépendante de celle des états membres et, de ce fait, les états tiers bénéficient de la facilité de n'avoir affaire qu'à une seule autorité de concurrence plutôt qu'à plusieurs pour un même cas. Il n'est pas difficile de trouver d'autres ressemblances entre ces deux grandes régions économiques⁴⁴⁵. Pourtant, elles sont

⁴⁴³ Louis VOGEL, *Introduction de La globalisation du droit des affaires:mythe ou réalité?*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2002, P.7.

⁴⁴⁴ Car aux Etats-Unis, un système de propriété publique d'envergure n'a jamais existé ; la séparation parfaite du pouvoir s'est mise en un frein infranchissable à l'abus du pouvoir administratif et la coopération du DOJ et la FTC rend l'application judiciaire de la concurrence plus puissant et plus efficace. Au contraire, en Chine, même s'il y a un système du droit d'administration qui donne à l'instance judiciaire le pouvoir de réviser les actes des organes administratifs, de juger l'institution administrative en théorie, en pratique, le budget et l'effectif de l'instance locale constitue une part de l'ensemble budget et effectif du gouvernement local de même niveau de sorte que la dépendance judiciaire de l'administration limite le pouvoir judiciaire des tribunaux. La méthode américaine semble inapplicable à la situation chinoise.

⁴⁴⁵ Par exemple, l'objectif de base des Communautés est l'intégration du marché et la promotion de l'intégration des différentes économies régionales vers un marché commun unifié qui est aussi le but de l'établissement du système de l'économie de marché de la Chine.

différentes sur le fond, puisque la Chine est un pays souverain unitaire, alors que l'Union européenne est une organisation internationale sans souveraineté.

307. La Chine s'inspire de ce troisième modèle en ce qui concerne la position indépendante de l'organe de tutelle de la concurrence. Cette indépendance implique une séparation du pouvoir et une interdiction d'intervention du pouvoir administratif et d'intervention au niveau budgétaire. Malgré l'impossibilité de copier le système de l'institution administrative de la concurrence d'autrui, il y a toujours des profits à tirer des expériences occidentales, après les recherches comparées de ce titre. Quelques principes généraux – apports de la recherche, - sont applicables à toute démarche d'instituer un organe de tutelle de la concurrence en Chine.

308. Le principe de l'autorité puissante avec une indépendance non influençable. En premier lieu, il faut pour l'organe de tutelle de la concurrence avoir une autorité puissante, pour assurer l'efficacité de l'application de la loi de la concurrence. La rigueur de l'application de la loi est garantie par l'autorité de l'organe. En effet, moins le Gouvernement intervient sur le marché, plus celui-ci a besoin de la protection de l'autorité compétente. C'est parce que l'ordre de la concurrence entre les concurrents individuels ne dépend pas de l'intervention directe du Gouvernement, mais de l'effet indirect de l'autorité de ce dernier⁴⁴⁶. Dans ce cas, si un organe administratif n'a pas d'autorité pour garantir l'application efficace des règles qu'il a dressées, il n'y a pas l'ordre concurrentiel. Particulièrement dans le cas chinois, il y a deux raisons de mettre l'accent sur l'autorité et l'indépendance de l'organe de tutelle de la concurrence. Premièrement, les entreprises les plus touchées par le droit de la concurrence seront celles de large envergure, de force considérable, même des entreprises superpuissantes. Souvent elles ont coalition d'intérêts avec les cadres de l'autorité compétente pour procurer des profits exceptionnels. Pour lutter contre l'abus de la force économique et la corruption qui faussent le jeu de la concurrence sur le marché, l'organe de tutelle de la concurrence doit absolument être muni de pouvoirs puissants, d'une véritable force de dissuasion. Deuxièmement, l'entrelacement du pouvoir de trois autorités compétentes constitue une entrave pour l'application de la loi antimonopole ; il faut un organe indépendant qui puisse dépasser le pouvoir de ces trois autorités.

446 CHEN Dongqi, *L'intervention nouvelle du Gouvernement*, édition de l'Université du Commerce de la Capitale. 2000, p.94.

309. Le principe de légalité. Ce principe indique que la création de l'organe de tutelle de la concurrence doit se conformer à la loi pour éviter et prévenir l'instauration des autorités de manière abusive. En général, ce sont la Constitution, la loi organique sur le Gouvernement et la loi régissant les activités économiques qui établissent l'autorité de l'organe compétent en la matière et répartissent le pouvoir et la compétence entre différentes autorités compétentes. C'est-à-dire que d'abord il y a une loi, puis l'organe compétent né de cette loi. Par exemple, la FTC américaine est créée par the Law of Federal Trade Commission, la Commission européenne créée par les articles 211-219 du Traité établissant la communauté européenne. Le Conseil de la concurrence est né de la décision du Conseil constitutionnel du 24 janvier 1987 en France.

En Chine, en vertu de l'article 89 de la Constitution de la République Populaire de Chine, le Conseil des Affaires d'Etat a l'attribution de diriger et gérer les activités économiques et la construction urbaine et rurale. Il peut créer des organes spécialisés relevant directement de son autorité selon le besoin réel et le principe de l'efficacité.⁴⁴⁷ Pourtant, en ce qui concerne la législation de la fonction administrative, c'est souvent un organe administratif désigné par l'Assemblée populaire nationale qui est désignée pour rédiger un projet de la loi. La Loi de la fonction administrative est issue d'un organe déjà établi. Cela a causé l'incessant changement des lois. En 2007, pour la première fois, la Chine a adopté l'approche occidentale : La Loi de la Propriété nationale a créé la Commission de la Gestion des Patrimoines étatiques (CGPE). Ainsi, les juristes chinois espèrent que la Loi antimonopole créera son autorité indépendante.

310. Le principe de l'efficacité et de l'effectif condensé et habile. C'est l'exigence de la gestion administrative et du droit d'administration contemporain. C'est aussi un des objectifs de la réforme du régime politique de la Chine. L'effectif réduit, les proposés habiles et expérimentés, l'efficacité de travail sont les éléments particulièrement nécessaires et importants pour un organe efficace de tutelle de la concurrence.

§2. L'institutionnalisation réalisée

311. Le système d'application administrative du droit de la concurrence est enfin instauré avec un nouvel organe indépendant et le remaniement de trois anciens organes

conformément au principe d'associer la réalité chinoise et des expériences étrangères. On y trouve partout des traces familières des systèmes étrangers : des concomitance des autorités compétentes (américain ou français), un organe de consultation au sommet (allemand), la complicité du réseau national (anglais ou allemand) et européen de la concurrence⁴⁴⁸. Cependant, sa mise sur pied est «à la chinoise». Il convient de jeter un regard bref sur sa structure (I) et les travaux devant l'amener à se perfectionner à l'avenir (II).

I. Structure du système d'application administrative du droit de la concurrence

312. A l'appel de la réforme approfondie de l'économie de marché et après une vingtaine d'années de préparation, à la suite de plusieurs projets rédigés respectivement par les trois organismes, le 30 août 2007, dans la 29^e session de la 10^e réunion du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale, a été adoptée finalement la Loi antimonopole de la République Populaire de Chine qui est entrée en vigueur à partir du 1^{er} août 2008 dans le territoire chinois.

En vertu de l'article 9 et de l'article 10, un régime de trois échelons d'application administrative de la Loi antimonopole a été établi désormais. Au sommet de ce régime, sous la direction du Conseil des Affaires d'Etat, se situe la Commission antimonopole qui a pour mission d'organiser, coordonner et diriger le travail en matière de concurrence⁴⁴⁹. Au deuxième échelon, se trouvent les Organismes généraux chargés de l'application de la Loi antimonopole, qui seront établis par le règlement du Conseil des Affaires d'Etat⁴⁵⁰. Les Règlements du Conseil des Affaires d'Etat du 11 juillet, du 21 août et du 23 août 2008 approuvent respectivement le nouvel arrangement sur la compétence, l'organisation et l'effectif de l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce (AIC), de la Commission nationale de Développement et Réforme (CNDR) et du Ministère du Commerce (MOC). Dès lors, la compétence d'appliquer la Loi antimonopole au deuxième échelon se partage définitivement entre les trois nouveaux organismes au sein de ces trois Administrations centrales qui ont rivalisé depuis le début pour l'obtention du monopole d'application de la Loi antimonopole et qui ont vu finalement le résultat de leurs disputes aboutir à cela : au sein de l'AIC, le Bureau de la

⁴⁴⁷ L'article 11 de la Loi organique sur le Conseil des Affaires d'Etat.

⁴⁴⁸ «*Depuis le début des années 2000, la notion de réseau a pénétré en force le droit communautaire. L'exemple du Réseau européen de concurrence (le REC ou ECN) est sans doute le plus abouti* ». v. égal. Un nouveau réseau européen... Trans Europe Experts. Focus par Lanrence IDOT, in Europe n°4, avril 2010, alerte 7.

⁴⁴⁹ L'article 9 du 1^{er} Chapitre de la Loi antimonopole.

Répression des monopoles et concurrences déloyales (BRMCD) a été créé dans le domaine de la concurrence déloyale,⁴⁵¹ le Service du Contrôle et de la Surveillance du Prix (SCSP) au sein de la CNDR assume la responsabilité du contrôle du prix et de la répression des pratiques anticoncurrentielles ayant trait au prix⁴⁵². La Direction antimonopoles (DAM) du Ministère du Commerce devient responsable du contrôle des concentrations⁴⁵³. Au troisième échelon, les organismes locaux chargés des affaires anticoncurrentielles, désignés selon le besoin du travail antimonopole par les administrations locales mandatées par les Organismes généraux chargés de l'application de la Loi antimonopole (c'est-à-dire le BRMCD, le SCSP, et la DAM), comprennent ceux établis dans les provinces et les régions autonomes, et ceux créés dans les municipalités relevant directement de l'autorité centrale⁴⁵⁴.

C'est alors que le régime à la chinoise de l'application du droit de la concurrence s'est établi avec une Commission antimonopole en tant qu'organe de consultation au sommet, trois Organes généraux au niveau ministériel de l'application de la Loi antimonopole et au moins trente-cinq autorités compétentes locales au niveau provincial, sans compter de nombreux organismes sectoriels de réglementation qui auront la responsabilité d'appliquer la Loi antimonopole dans leurs secteurs industriels.

II. Travaux futurs pour perfectionner et compléter ce régime

313. Loin d'être accompli, ce régime attend encore des travaux pour se perfectionner :

- Publier la réglementation de l'organisation et du travail de la Commission antimonopole, afin de maintenir l'indépendance et l'autorité du travail de ses membres ;
- Elaborer les règlements et les orientations d'application et les directives d'application de la Loi antimonopole par les trois autorités compétentes centrales, qui seront finalement approuvés par la Commission antimonopole ;
- Limiter le nombre des autorités compétentes locales, et mettre en ordre la relation entre les trois autorités compétentes centrales, la relation avec les autorités compétentes

⁴⁵⁰ L'article 10.1 du 1^{er} Chapitre de la Loi précitée.

⁴⁵¹ L'article 3 de Section III du Règlement du Conseil des Affaires d'Etat du 11 juillet 2008 relatif à l'Arrangement de la Compétence, de l'Organisation et de l'effectif de l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce.

⁴⁵² L'article 23 de Section III du Règlement du Conseil des Affaires d'Etat du 21 août 2008 relatif à l'Arrangement de la Compétence, de l'Organisation et de l'effectif de la Commission nationale de Développement et de Réforme.

⁴⁵³ L'article 11 de Section III du Règlement du Conseil des Affaires d'Etat du 23 août 2008 relatif à l'Arrangement de la Compétence, de l'Organisation et de l'effectif du Ministère du Commerce.

⁴⁵⁴ L'article 10.2 du 1^{er} Chapitre de la Loi antimonopole de la République populaire de Chine.

locales et la relation avec les organismes de réglementation sectorielle afin d'établir la priorité de la Loi antimonopole sur les règlements sectoriels et l'autorité des organes compétents tant centraux que locaux par la décision finale de ces derniers ;

- Etablir le système de notification horizontale et d'échange des informations au sein du régime administratif d'application afin d'unifier les critères et les mesures appliqués aux affaires en matière de concurrence et d'accumuler des expériences administratives dans l'application de la Loi antimonopole ;

- Etablir le système d'examen et d'approbation finale au cas où les affaires ont des effets importants au niveau national, afin d'assurer l'autorité de la Commission antimonopole. En d'autres termes, sans la notification renvoyée à la Commission antimonopole par les autorités compétentes centrales, lorsque l'affaire en matière de concurrence a une influence nationale importante, aucune autorité n'a le pouvoir de prendre la décision finale.

En fin de compte, malgré l'achèvement de l'institutionnalisation de l'application administrative du droit de la concurrence en Chine, loin d'être satisfaisant, ce système n'est pas très différent de l'ancien régime. La proposition des experts et des juristes d'établir une autorité compétente et quasi-judiciaire, indépendante de toutes Administrations n'a pas été adoptée ; le régime risque de tomber dans le cercle vicieux de « *sanctionner une autorité administrative par une autre autorité administrative.* »⁴⁵⁵

L'étude approfondie de l'organisation et la compétence des institutions de la concurrence pourrait peut-être nous permettre d'apercevoir les spécialités de ce régime, y compris ses défauts et ses lacunes, tels que l'imbrication de la compétence partagée par ces trois autorités compétentes centrales, la dépendance inévitable des Administrations ministérielles dont elles relèvent et la simplicité de la procédure d'application, etc.

Section 2. L'organisation et la compétence des institutions de la concurrence

314. Les caractéristiques des institutions de la concurrence en Chine se sont montrées dans leur organisation (§1), elles sont d'autant plus remarquables que la compétence de chacune de ces institutions serait classée (§2).

⁴⁵⁵ CAO Shibin, *La Recherche du Droit antimonopoles*, Edition du Droit, Beijing, 1997. p. 253.

§1. Organisation des institutions de la concurrence

315. La Commission antimonopole de Chine, malgré sa nature consultative, n'est pas comme la Commission des monopoles d'Allemagne dont cinq membres sont nommés pour quatre ans, et ne peuvent pas être membres du gouvernement fédéral ou des gouvernement des Länder (**I**). Les trois organes généraux de l'application du droit de la concurrence ne sont pas comme la DGCCRF ou le Conseil de la concurrence de France, ni comme la FTC des Etats-Unis, indépendamment créés pour la mission de l'application de la loi de la concurrence. Les trois organes généraux de la concurrence de Chine, dorénavant, sont appelés «autorités compétentes de la concurrence» ; ils sont créés au sein de trois Administrations ministérielles et dépendent de leurs Administrations-mères en matière de budget et de gestion d'effectif (**II**).

I. La Commission antimonopole

316. En vertu de l'article 9 de la Loi antimonopole de 2007, le CAE établit la Commission antimonopole qui se charge d'organiser, coordonner et diriger le travail concernant les affaires antimonopoles, afin de garantir l'unification de l'application des règles de la concurrence, la justice et l'autorité dans l'application de la Loi antimonopole. En septembre 2008, le CAE a approuvé, conformément à la Loi précitée, le Règlement du Travail de la Commission antimonopole qui prévoit des règles relatives à la composition de la Commission, au régime de réunion et de travail et au processus de travail. Pourtant, ce Règlement n'a pas encore été communiqué au public. Le mandat et la procédure de désignation restent encore inconnus du public.

La Commission est composée de 19 membres qui sont tous hauts fonctionnaires pour l'essentiel à temps partiel, au moins le vice-ministre de 14 Ministères, désignés certainement en raison de leur compétence générale, en offrant toute garantie d'indépendance pour la Commission, et de l'importance des secteurs économique qu'ils représentent dans l'économie de marché en Chine.

A la tête de la Commission est placé un président qui est le vice-premier ministre ⁴⁵⁶ et quatre vice-présidents, qui sont respectivement le ministre du Commerce, le président de la Commission nationale de Développement et Réforme, le président de l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce et un vice-premier ministre. Les quatorze autres membres sont tous de vice-ministres ou vice-présidents venus du Ministère de l'Industrie et l'Information, du Ministère de la

Surveillance, du Ministère des Finances, du Ministère de la Communication et du Transport, du Ministère des Biens étatiques, du Bureau général de la Propriété intellectuelle, du Bureau des Affaires législatives du Conseil des Affaires d'Etat, de la Commission de Surveillance bancaire, de la Commission de Surveillance de l'Assurance, de la Commission de Surveillance des Titres, de la Commission de Surveillance de l'Electricité.

La gestion concrète de la Commission est assumée par le Ministère du Commerce.

Le travail de la Commission sera réalisé à travers les réunions plénières, les réunions de présidents, et les réunions spécifiques sur tel ou tel sujet. Ces réunions ne peuvent pas remplacer le travail en matière d'application de la Loi antimonopole de trois Organes généraux d'application du droit de la concurrence. Elles ont pour but de délibérer, entre les ministres membres de la Commission la politique de la concurrence et de l'économie, les affaires concernant l'intérêt public ou l'intérêt économique de l'Etat afin de faire connaître l'orientation aux autorités compétentes de la concurrence. Le principe de travail dans la Commission est de nature collégiale. Les réunions de la Commission ne sont pas publiques. Les débats sont confidentiels.

La Commission invite les experts juridiques et économiques ayant une bonne expérience des questions concernant la consommation, les collectivités locales, le monde des affaires, les médias, à former un Groupe spécial de consultation qui, à la demande de la Commission sur les affaires d'une grande portée, donne son avis qui n'a pourtant pas la force juridique contraignante. Le Groupe spécial de consultation est habilité par la loi, afin d'assister à la prise de décision et aux fonctions d'exécution. Ses membres travaillent à temps partiels.

II. Trois Organes généraux, au niveau ministériel, de l'application de la Loi antimonopole

317. Ils sont autorités compétentes d'application du droit de la concurrence au niveau supérieur de la République Populaire de Chine, créées au sein du Ministère du Commerce, de l'AIC et de la CNDR, -- ces trois Administrations ministérielles statuent sur leurs propres règlements intérieurs concernant l'organisation, la composition et les compétences de chacun de ces trois organes de la concurrence. Elles assurent la publication de ces règlements après l'approbation du Conseil des Affaires d'Etat.

⁴⁵⁶ Le premier président de la Commission antimonopole est Monsieur le vice-premier-ministre WANG Qi shan.

En vertu de l'article 3 de la Section III du Règlement du 11 juillet 2008 relatif à l'Arrangement de la Compétence, de l'Organisation et de l'Effectif de l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce approuvé par le Conseil des Affaires d'Etat, le Bureau de la Répression des monopoles et concurrences déloyales (BRMCD) est créé pour répondre au besoin du marché, en réprimant les pratiques déloyales dans les transactions économiques. Son règlement intérieur n'est pas encore publié à ce jour.

Le 21 août 2008, le Service du Contrôle et de la Surveillance du Prix (SCSP) est né de l'article 23 de la Section III du Règlement relatif à l'Arrangement de la Compétence, de l'Organisation et de l'effectif de la Commission nationale de Développement et de Réforme, approuvé par le Conseil des Affaires d'Etat. Le règlement intérieur du SCSP n'est pas publié non plus.

Le 23 août 2008, la Direction antimonopole (DAM) a été créée, en vertu de l'article 11 de la Section III du Règlement du Conseil des Affaires d'Etat relatif à l'Arrangement de la Compétence, de l'Organisation et de l'effectif du Ministère du Commerce. Pour répondre au besoin spécifique du contrôle des concentrations, la Direction a créé six Services, qui sont le Service général, le Service de politique de la concurrence, deux Services d'enquête, le Service d'application et de contrôle et le Service d'analyse économique.

Quant aux autorités compétentes locales au niveau provincial, elles seront créées selon le besoin de travail des trois organes généraux de l'application de la Loi antimonopole. Les règles relatives à la composition, l'organisation et les compétences de ces autorités locales sont encore à établir. Pourtant, une chose est certaine, c'est que les agents dans ces autorités compétentes locales seront recrutés à travers les concours de fonctionnaires étatiques organisés par chaque institution provinciale.

§2. *Compétences des institutions d'application du droit de la concurrence*

318. Puisque le système chinois d'application administrative du droit de la concurrence est une structure pyramidale à trois niveaux, il est judicieux que nous examinions leurs compétences respectives en commençant par le rôle de la Commission antimonopole (I) pour étudier ensuite les compétences des Organes généraux de la concurrence (II).

I. Le rôle de la Commission antimonopole

319. Selon l'article 9 de la Loi antimonopole, la création de la Commission antimonopole par le Conseil des Affaires d'Etat a pour mission d'assurer l'uniformité de l'application des règles de la concurrence, la légalité et l'autorité de l'application de la Loi antimonopole. En principe, la mission de la Commission antimonopole se trouve dans les quatre domaines suivants : étudier et élaborer la politique concernant la concurrence; organiser pour enquêter et évaluer l'état concurrentiel du marché et publier le rapport de l'évaluation ; élaborer et publier les lignes directrices concernant l'application de la Loi antimonopole ; coordonner les travaux des Organes généraux d'application du droit de la concurrence (**A**). D'ailleurs, elle doit accomplir d'autres missions qu'assigne le Conseil des Affaires d'Etat (**B**).

A. Missions principales de la Commission antimonopole

1. Étudier et élaborer la politique concernant la concurrence

320. La politique de la concurrence est de nature économique, celle que les Etats de l'économie de marché ont choisie pour préserver et favoriser le jeu de la concurrence sur le marché. Elle constitue le noyau de l'ensemble des politiques économiques de l'Etat en économie de marché. D'autres politiques économiques, telles que la politique de l'industrie, celle de l'emploi, sont élaborées selon le besoin de la politique de la concurrence ou bien comme un supplément de cette dernière. En effet, la Loi antimonopole est la légalisation de la politique de la concurrence ou bien la politique de la concurrence en forme de législation. Le résultat satisfaisant de l'application de la Loi antimonopole dépend de ses dispositifs qui devraient être applicables, concrets et précis, par référence à la politique de la concurrence. En tant qu'organisme de nature à la fois consultative, coordonnateur et conducteur, la Commission prend sa position de macro-contrôle pour synthétiser le degré de développement économique et la structure du marché afin d'élaborer une politique de la concurrence qui corresponde à la situation de l'économie et du marché et à l'application de la Loi antimonopole.

2. Organiser pour enquêter et évaluer l'état concurrentiel du marché et publier le rapport d'évaluation

321. L'indice du bon fonctionnement du marché est que la concurrence sur le marché est préservée par la loi, et que le marché est régulé et organisé par le jeu de la concurrence. C'est alors que l'évaluation de l'état concurrentiel du marché est une

condition préalable de l'application efficace et de la force de dissuasion de la Loi. La publication de cette évaluation et de l'enquête constitue une référence indispensable et des points d'appui du travail de l'application pour les organes de tutelle de la concurrence. La Commission antimonopole ne fait qu'organiser ces enquêtes et évaluations en mandatant les institutions du secteur ou les organes concernés ou les organes de tutelle de la concurrence du travail concret et précis à propos de l'évaluation et l'enquête de la situation du marché et de la concurrence. Il n'existe aucune possibilité que la Commission mène directement l'enquête. Après la délibération des rapports de l'évaluation et de l'enquête soumis par les organes concernés, la Commission antimonopole prend la décision de le rendre public. Donc, tous les rapports présentés par les organes généraux de l'application du droit de la concurrence doivent être examinés dans la Commission antimonopole avant d'être publiés.

3. Élaborer et publier les lignes directrices concernant l'application de la Loi antimonopole

322. La Loi antimonopole de la Chine n'est qu'une charpente fondamentale, un ensemble de principes généraux de la concurrence et une déclaration de l'adoption du jeu de la concurrence sur le marché. Dans l'état actuel, elle est altérée par son inapplicabilité faute de dispositions concrètes. L'application de la Loi antimonopole est un travail fortement professionnel et spécial qui a besoin non seulement de l'analyse économique, mais aussi du raisonnement juridique en se basant sur des règles précises et concrètes. A présent, la chose la plus urgente pour rendre la Loi applicable est d'élaborer par les organes généraux de l'application et publier par la Commission antimonopole une série de lignes directrices de l'application qui couvriront un contenu étendu de la définition du marché pertinent, de l'abus de position dominante, de la concentration des entreprises, de l'exemption des accords verticaux, horizontaux et spécifiques, de l'approche de calcul de l'amende, de programme de clémence, et des procédures de la pré-notification de la concentration à l'enquête des pratiques anticoncurrentielles, etc. Il est certain que la ligne directrice de partage de compétence entre les trois organes généraux de l'application de la Loi constitue la prémisse de l'élaboration de toutes ces lignes directrices.

4. Coordonner les travaux des Organes généraux de la concurrence

323. Le Conseil des Affaires d'Etat est mandaté par la Loi antimonopole afin de créer les organes d'application de cette loi. À partir du mois d'août 2008, approuvés par le Conseil des affaires d'Etat, se sont mis au jour trois organes généraux de l'application de la loi, le BRMCD relevant de l'AIC, le SCSP relevant de la CNDR, la DAM relevant du Ministère du Commerce, qui vont désormais exercer un condominium sur le marché selon les règles de partage des compétences en matière d'application de la Loi. Il existe peu d'imbrication des compétences entre la DAM et les deux autres organes, cependant, ces deux derniers vont rencontrer pas mal de problèmes de chevauchement des services, des attributions et des compétences, par exemple, dans le domaine des accords restrictifs verticaux et horizontaux, et de l'abus de position dominante ; le BRMCD et le SCSP ont tous les deux le pouvoir d'agir de réprimer les pratiques anti-concurrentielles. C'est à la Commission antimonopole de résoudre ce problème par le règlement précis du partage des pouvoirs entre les trois organes généraux d'application de la Loi antimonopole. De plus, puisque trois organes appliquent une même loi, il est inévitable que surgissent de temps en temps des différences de critères d'évaluation de marché, de degré de sanction, de qualification d'une pratique restrictive. La Commission antimonopole est là pour faire aligner tous les critères différentiels d'évaluation et de qualification, unifier le standard de sanction. En particulier, lorsque les trois organes généraux se disputent dans les affaires d'importance nationale, de l'effet vicieux non négligeable sur le marché, la Commission antimonopole pourra être saisie pour mettre fin aux dissensions entre trois organes, et assurer l'application efficace de la Loi précitée.

B. Autres missions

324. Aucune loi n'est exhaustive sur la matière qu'elle vise. Elle sera complétée, modifiée au fur et à mesure de son application pour répondre à l'exigence de la situation et de l'actualité. C'est ainsi que sont non exhaustives les attributions de la Commission antimonopole prévues par la Loi antimonopole qui se développera au cours de la réforme approfondie du régime politique et économique de la Chine.

Dans la première réunion plénière de la Commission antimonopole du 15 septembre 2008, présidée par le vice-Premier ministre WANG Qishan, la délibération du Règlement de travail de la Commission antimonopole et l'assignement du travail à l'avenir étaient en position importante dans l'ordre du jour. La Commission met l'accent sur les principes de travail de la Commission qui sont de préserver et inciter

la concurrence sur le marché, tout en encourageant la concentration et la fusion qui sont de nature à encourager l'efficacité du marché, à encourager la croissance des entreprises, tout en visant à prévenir les situations de monopole sur le marché par la fusion illégale, sans notification ; d'assurer le contrôle des entreprises étatiques dans les domaines vitaux de l'économie chinoise, en réprimant et combattant l'abus de position dominante qui porte atteinte aux intérêts des concurrents et des consommateurs, de protéger les droits et intérêts légaux des entreprises (y compris les entreprises étrangères) en surveillant et évitant la fusion malfaisante par le capital étranger. Tous ces principes tendent vers une seule direction qui est de sauvegarder la sécurité économique de l'Etat chinois.

325. Selon la nouvelle disposition publiée par la Commission⁴⁵⁷, les missions récentes et urgentes sont d'élaborer et publier une série complète de guides détaillés concernant à la Loi antimonopole, d'élaborer le rapport d'évaluation de la concurrence sur le marché chinois, d'étudier et élaborer les critères d'évaluation selon les secteurs, d'établir la banque de données de l'état de concentration du secteur sur le marché, et procéder à la diffusion de la Loi antimonopole.

La publicité faite autour de ces rapports finaux constituera un aspect important du travail de la Commission puisque l'une de ses principales fonctions est d'informer le public et d'influer sur les normes de l'industrie. Les guides finaux et les rapports finaux de la Commission couvrent des sujets généraux, comme la définition des marchés, le pouvoir de marché et les moyens d'enquête, ainsi que des sujets particuliers et techniques, comme les effets de la législation sur les associations sectorielles et les organismes d'autoréglementation, la détermination des pénalités par les autorités compétentes. La publication de la nouvelle loi s'est aussi accompagnée d'une campagne d'éducation du public.

En effet, la Commission antimonopole se trouve au sommet de la structure institutionnelle de la concurrence. Le président de la Commission est habilité à nommer les directeurs des trois organes généraux de l'application de la loi et les membres de la Commission, à élaborer la législation et la politique gouvernementale concernant la concurrence et à fixer des orientations pour les questions soulevées et les priorités. Il a certainement le pouvoir d'intervention dans l'application des autorités compétentes de la concurrence. Mais ce pouvoir est limité par le Règlement

⁴⁵⁷ Rapport de la réunion plénière de la Commission antimonopole du 15 septembre 2008.

de travail de la Commission antimonopole, conscient de l'importance de l'indépendance de la prise de décision par les autorités compétentes. On espère qu'au sein de la Commission, l'indépendance sera une priorité profondément enracinée dans la culture interne de cet organisme. La difficulté est imaginable d'établir de façon crédible l'indépendance de la prise de décision quand la notion de responsabilité ministérielle imprègne traditionnellement la conception de l'administration publique.

II. Les compétences des Organes généraux de la concurrence

326. Les trois Organes généraux de la concurrence doivent d'abord recevoir des pouvoirs (A) afin d'exercer leur mission, de déployer leur compétences dans leur domaine respectifs (B).

A. Les pouvoirs généraux des Organes généraux de la concurrence

327. A partir du mois septembre 2008, se sont mises en place trois autorités compétentes d'application du droit de la concurrence au niveau national au sein du Ministère du Commerce, de l'AIC et de la CNDR, selon les règlements intérieurs concernant l'organisation, la composition et les compétences de ces trois Administrations ministérielles approuvés par le Conseil des Affaires d'Etat. Le Bureau de la Répression des monopoles et concurrences déloyales (BRMCD) joue un rôle pour réprimer les monopoles et les pratiques déloyales dans les transactions économiques, pour appliquer la Loi contre la Concurrence déloyale ; le SCSP est l'autorité nationale chargée de la mission de surveiller les accords restrictifs concernant le prix et d'appliquer la Loi sur les Prix de 1993, tandis que la Direction antimonopoles détient le pouvoir de contrôle des concentrations.

Toutes les autorités compétentes de la concurrence sont dotées des pouvoirs appropriés par la loi de la concurrence sans exception pour assumer la responsabilité de maintenir le jeu de la concurrence sur le marché et de préserver le bon fonctionnement du marché. Ces pouvoirs ne sont que celui de l'enquête, de l'investigation, de l'imposition de sanctions, de la révision et de l'autorisation, de la prise de décision et de réglementation, etc. Quoiqu'il n'y ait pas encore en Chine un règlement relatif au partage des pouvoirs entre ces trois autorités de niveau national de la concurrence, celui-ci est dans la phase de conception actuellement, les acquis de trois administrations ministérielles antérieurement chargées de la concurrence et des activités économiques sur le marché démontrent que ces trois nouvelles autorités nationales de la concurrence ont au moins les pouvoirs suivants :

1. Le pouvoir d'enquête et de détection

328. Le pouvoir d'enquête et d'inspection est le premier pouvoir, un pouvoir essentiel et préalable par rapport aux autres pouvoirs des autorités de la concurrence. Sur la base d'une enquête dans une entreprise susceptible d'avoir commis des infractions, se mettent en valeur le pouvoir de prise de la décision, de la sanction, de réglementation et d'autres pouvoirs. Lorsque les autorités exercent cette attribution, au lieu de toucher les droits et intérêts substantiels licites des entreprises visées par cet exercice, les autorités imposent seulement quelques obligations procédurales aux entreprises visées qui doivent coopérer de bonne foi à l'enquête et à l'inspection déclenchées par les autorités compétentes, en fournissant les informations, les preuves, les témoignages et les explications authentiques demandées. Différenciée du travail d'inspection générale qui est le travail de routine de l'autorité, l'enquête en matière de concurrence peut être astreignante. C'est aux autorités compétentes de la concurrence de décider oui ou non de déclencher une enquête, selon la gravité de préjudice ou selon la situation concrète. A ce titre, la Chine a appris la méthode américaine qui est l'émission de 'the order of civil investigation' par le DOJ (Department of Justice). L'ordre d'enquête administrative chinoise est secondé par la juridiction chinoise qui est en général le tribunal de deuxième instance du lieu où se trouve le siège de l'autorité compétente de la concurrence.

329. Le rôle traditionnel des autorités du marché a été d'enquêter et de rédiger des rapports sur les questions qui lui sont soumises par ses ramifications provinciales. Elles sont saisies par le Ministre du Commerce et les autorités réglementant des secteurs particuliers. Les questions qui lui sont soumises sont essentiellement de trois types : monopoles, fusions et pratiques déloyales. A la fin de chaque enquête, elles soumettent à la Commission antimonopole un rapport exposant les faits observés ainsi que leurs conclusions et recommandations. Par exemple, dans le cas des fusions, la Direction générale antimonopole doit déterminer si l'opération est contraire au bon fonctionnement du marché concurrentiel ou si la situation du marché sera aggravée au détriment du jeu de la concurrence. Dans ce cas des monopoles, le BRMCD et la Direction antimonopole doivent savoir si les concurrents existants seraient évincés du marché en question et les concurrents potentiels entravés par la maintenance du monopole.

2. Le pouvoir d'autorisation

330. Le pouvoir d'autorisation désigne la force contraignante de déclencher ou non une enquête en cas de concentrations et d'accords concernant l'acquisition de capitaux et puis d'autoriser ou non ces concentrations ou accords d'acquisition de capitaux, et la force d'examiner si les pratiques anticoncurrentielles des entreprises visées sont dans le cadre des exemptions. L'exercice du pouvoir d'autorisation doit être basée sur la Loi antimonopole et les règlements relatifs à l'application de la loi précitée en prenant en considération la politique de la concurrence, de l'industrie et l'actualité économique de l'Etat. Ces dernières considérations rendent flexible l'exercice du pouvoir d'autorisation. En autre terme, ce pouvoir est en effet un pouvoir discrétionnaire qui décide les caractéristiques de la Loi antimonopole chinoise comme flexibilité, domination administrative par rapport à son caractère juridique.

3. Le pouvoir de prendre la sanction administrative

331. Si l'enquête et l'investigation affirment l'infraction des pratiques visées, l'existence de l'abus de dominance ou l'état concentré du marché, les autorités compétentes de la concurrence peuvent prendre des mesures coercitives vis-à-vis de l'auteur (la personne morale ou physique) des pratiques restrictives ou anticoncurrentielles. Ces mesures comprennent la sanction pécuniaire, la confiscation des profits et intérêts illégaux, la sommation de cessation de la production, la déclaration de nullité des accords antitrust, etc. Ce pouvoir de sanction administrative est la manifestation la plus nette de la force répressive du droit de la concurrence, par laquelle les infractions à la loi verront une diminution remarquable. Puisque l'exercice de ce pouvoir affectera inévitablement les intérêts de l'auteur de l'infraction à la Loi antimonopole, l'application de la loi est exigée dans toute sa rigueur.

4. Le pouvoir d'offrir la consultation

332. Lorsque les institutions réglementaires de secteur procèdent à une élaboration ou à une modification du droit ou des règlements du marché, ou à des mesures administratives relatives à la concurrence, elles peuvent prendre conseil des autorités compétentes de la concurrence qui peuvent aussi prendre l'initiative d'offrir des services consultatifs sur les questions de la concurrence conformément à la Loi antimonopole, à d'autres lois du marché et à la politique de la concurrence.

5. Le pouvoir de prise de la décision administrative

333. Se prévalant du pouvoir de prise de la décision administrative, les autorités compétentes peuvent trancher les affaires civiles de dommages-intérêts causées par les pratiques monopolistiques ou restrictives. Ce pouvoir quasi-judiciaire est le corollaire de la complicité des rapports sociaux et la spécialisation de l'administration moderne qui ont besoin d'être dirigées par la puissance de l'administration. Selon la théorie et les pratiques de l'administration judiciaire chinoise, les institutions administratives sont dotées du pouvoir de prendre la décision dans certains litiges civils relevant de la sphère de leurs compétences pour offrir la protection aux droits et intérêts licites des parties intéressées dont la poursuite judiciaire assure la protection finale. En particulier, dans le domaine de la concurrence, sa forte spécialisation décide les avantages de la décision administrative et quasi-judiciaire des affaires annexes aux pratiques anticoncurrentielles et restrictives. Si les parties intéressées refusent d'accepter la décision prise par l'autorité compétente, elles pourraient de plein droit exercer leur droit de recours devant la juridiction correspondante. Sans le recours dans le délai prévu selon la procédure judiciaire, les parties intéressées sont obligées de mettre en exécution la décision prise par l'autorité compétente. C'est alors que le pouvoir de prise de décision administrative est accompagné par le pouvoir de révision judiciaire de la juridiction correspondante.

6. Le pouvoir de réglementer

334. Pour faciliter l'application de la Loi antimonopole, et diriger les activités économiques sur le marché, les autorités compétentes de la concurrence ont le pouvoir d'élaborer et mettre au point les règlements et les réglementations sectorielles conformément à la Loi antimonopole. C'est un pouvoir quasi-législatif. L'apparition du pouvoir quasi-judiciaire et quasi-législatif de l'Administration correspond à l'exigence de l'élargissement de l'intervention administrative à l'économie. Le principe traditionnel des pouvoirs partagés entre l'Administration, la législation et la juridiction évolue au fur et à mesure de la modernisation technologique et de la mondialisation économique. Pourtant, ce n'est pas à toutes autorités administratives qu'a été conféré le pouvoir judiciaire et législatif. Ce n'est pas non plus toutes les affaires concernant l'administration qui seraient administrées de façon législative ou judiciaire. Puisque l'économie moderne est le socle de la stabilité sociale, l'Etat met l'accent beaucoup plus sur l'administration de l'économie du marché par rapport à d'autres domaines. Les autorités administratives de marché

doivent impérativement avoir des pouvoirs beaucoup plus puissants que d'autres autorités administratives. Les autorités compétentes de la concurrence sont le noyau des autorités administratives de marché, il est nécessaire qu'elles soient dotées de pouvoirs de décision législative et judiciaire. Cela permet au Gouvernement – l'administrateur du marché,- de remplir sa fonction d'administration de façon plus large et plus efficace. C'est le volet le plus important de la réforme du régime politique du gouvernement chinois.

335. Au final, force est de constater que les Organes généraux de la concurrence disposent d'un pouvoir de décision strictement défini par les articles 38-49 de la Loi antimonopole de 2007. Ils sont investis du pouvoir de prononcer des mesures conservatoires, des injonctions, ou des sanctions pécuniaires, mais n'ont pas compétence pour indemniser les victimes de pratiques anticoncurrentielles, ou prononcer la nullité d'accords contraires aux articles 13, 14 et 15 de ladite loi. La victime de pratiques anticoncurrentielles qui souhaite obtenir réparation du préjudice subi devra saisir les juridictions de l'ordre judiciaire pour être indemnisée ou obtenir l'annulation de la convention.

B. Les attributions de chaque Organe général de la concurrence

1. Les attributions de la Direction antimonopoles du MOC

336. Conformément au Règlement du Conseil des Affaires d'Etat relatif à l'Arrangement de la Compétence, de l'Organisation et de l'effectif du Ministère du Commerce du 23 août 2008, la Direction antimonopole a été dotée pour répondre au besoin spécifique du contrôle des concentrations, des pouvoirs suivants :

- élaborer la loi correspondant au contrôle de la concentration et des règlements, des lignes directrices assortis et des documents réglementaires du contrôle de la concentration ;
- examiner les affaires de la concentration, les opérations de la concentration conformément à la Loi antimonopole ; pouvoir être saisi par les acteurs économiques de la transaction de la concentration dans la délibération et la notification, déclencher les enquêtes et investigations sur l'opération des concentrations, offrir l'audience aux parties concernées et réviser et vérifier le procès du travail du contrôle de la concentration ;

- être saisi et mener les enquêtes sur les affaires concernant la concentration qui sont dénoncées par les non-acteurs de la transaction, et sanctionner les contrevenants vérifiés;
- assumer la responsabilité d'enquêter sur les pratiques antitrust dans le commerce extérieur et prendre les mesures nécessaires pour éliminer l'effet néfaste à la concurrence sur le marché ;
- se charger du travail de diriger les entreprises chinoises qui sont susceptibles d'être les parties concernées aux affaires dans un procès étranger assister à tenter un procès à l'étranger ;
- prendre l'initiative de la délibération et la négociation à propos des dispositions de la concurrence dans les accords multinationaux et bilatéraux ;
- se charger de la communication et de la coopération internationale (bilatérale et multilatérale) de la Chine avec les pays étrangers dans le domaine de la politique de la concurrence ;
- assumer le travail concret de la Commission antimonopole du Conseil des affaires d'Etat ;
- se charger d'autres affaires désignées par le ministre du commerce.

Depuis le premier août 2008, le jour d'entrée en vigueur de la Loi antimonopole de la Chine jusqu'au 1^{er} janvier 2009, la Direction antimonopole a élaboré et publié plusieurs documents réglementaires en matière de contrôle de la concentration : le «Règlement relatif aux Seuils de Notification obligatoire de la Concentration» approuvé par l'Ordonnance n° 529 du Conseil des Affaires d'Etat du 3 août 2008, «Lignes Directrices du Travail d'Examen des Transactions de Concentration» du 1 janvier 2009, «Orientation de la Notification de la Concentration» du 7 janvier 2009, «Orientation de la Notification de la Concentration en matière des documents et informations fournis» du 7 janvier 2009, etc.

Il a été saisi pour les affaires Microsoft⁴⁵⁸, Coca-Cola⁴⁵⁹ et dans le secteur de la bière.

⁴⁵⁸ Le 31 juillet 2008, un avocat chinois a soumis sa demande officielle de protection des droits et intérêts des citoyens aux trois autorités compétentes de la concurrence concernant la demande de dommages-intérêts à Microsoft Inc. à cause de ses pratiques monopolistiques et de son abus de position dominante sur le marché chinois. Dans la demande, les trois autorités de la concurrence ont été priées de déclencher une enquête sur les activités économiques de Microsoft sur le marché chinois et d'infliger une amende d'un milliard de dollars à Microsoft. L'enquête de ces trois autorités de la concurrence a été mise en route.

⁴⁵⁹ Au juillet 2008, le Coca-cola Co. a proposé d'acquérir China Huiyuan Juice Group Ltd. pour un montant de 2,4 billions dollars. Le projet de concentration a été rejeté par la DAM.

2. Les attributions du BRMCD de l'AIC

337. En vertu du Règlement relatif à l'Arrangement de la Compétence, de l'Organisation et de l'Effectif de l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce du 11 juillet 2008, l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce⁴⁶⁰ joue un rôle décisif en matière de circulation des marchandises et de distribution des produits sur le marché. Elle assume les responsabilités suivantes :

- travail d'administration et de supervision du marché et application de la loi de marché, élaboration du projet de la loi et l'institution de la politique et des règlements relatifs à l'administration de l'industrie et du commerce ;
- être le centre d'enregistrement et d'immatriculation de toutes sortes d'entreprises, de coopératives paysannes, de filiales étrangères, d'agents permanents d'entreprises étrangères, et les superviser et interdire les opérations des acteurs sans permis de transactions ;
- régler l'ordre du marché et préserver le bon fonctionnement du marché, tout en supervisant les activités des opérations, les commerces sur Internet, et les activités en matière de service ;
- contrôler la qualité des produits à la distribution et la sécurité alimentaire au stade de la circulation pour protéger les consommateurs en inspectant et infligeant les infractions en matière de contrefaçon et en offrant le service de consultation aux consommateurs, en acceptant les affaires dénoncées et en établissant un réseau de communication avec les consommateurs ;
- interdire les affaires concernant la vente directe illégale et la vente de forme pyramidale ;
- mettre en œuvre la Loi antimonopole en matière d'accords antitrust, d'abus de la position dominante, d'abus du pouvoir administratif au détriment de la concurrence du marché, (le contrôle des pratiques restrictives concernant les prix sont exclues des attributions de l'AIC) ;
- effectuer le contrôle des courtiers, des agents courtiers et des activités courtières ;
- l'administration de l'exécution du contrat, faire enregistrer les nantissements de propriétés mobilières ; organiser les ventes aux enchères, sanctionner les fraudes contractuelles ;

⁴⁶⁰ Voir, www.saic.gov.cn.

- contrôler les activités publicitaires ;
- enregistrement et gestion des marques ; protéger les droits de marque et sanctionner les infractions en matière de droits de marques, renforcer la protection de la marque de renom ; pouvoir être saisie des affaires concernant les droits de marque ;
- organiser l'administration de la classification des informations du marché, étudier les informations de base de l'enregistrement des acteurs économiques de marché et publier ces informations pour offrir les services d'information au public et pour favoriser la prise de la décision stratégique du Gouvernement ;
- diriger les activités des entreprises privées et des commerçants indépendants⁴⁶¹ et leur offrir les services administratifs ;
- développer la communication et la coopération internationale en matière d'administration de l'industrie et du commerce ;
- diriger le travail national de la profession de l'administration de l'industrie et du commerce ;
- autres attributions affectées par le Conseil des Affaires d'Etat.

338. Selon l'article 3 du Règlement du 11 juillet 2008, le Bureau de la Répression des monopoles et concurrences déloyales (BRMCD) a été doté des attributions suivantes : développer et élaborer les mesures et les approches contre les pratiques monopolistiques et déloyales ; assumer le travail d'application de la Loi antimonopole ; enquêter sur les concurrence déloyales, les subornations commerciales, les contrebandes et d'autres infractions économiques et les sanctionner sur la base de la confirmation positive de l'enquête ; superviser les affaires typiques et de portée importantes. En bref, le BRMCD a été créé pour répondre au besoin du marché en réprimant principalement les pratiques déloyales dans les transactions économiques. Son règlement intérieur de travail n'a pas encore été publié.

3. Les attributions du SCSP de la CNDR

339. En vertu du Règlement relatif à l'Arrangement de la Compétence, de l'Organisation et de l'Effectif de la Commission nationale de Développement et Réforme, approuvé par le Conseil des Affaires d'Etat le 21 août 2008, le Service du Contrôle et de la Surveillance du Prix (SCSP) joue un rôle décisif en matière

⁴⁶¹ Selon la Constitution de la République populaire de Chine, les entreprises privées et des commerçants indépendants sont les composants importants des acteurs économiques de l'économie de marché socialiste chinois. Le Gouvernement doit aider et encourager leur développement.

d'activités concernant le prix des marchandises. Concrètement, ses attributions sont les suivantes :

- Diriger le travail de surveillance et de contrôle de prix au niveau national en donnant l'orientation, la politique, la mission, le projet de travail et l'avis d'application sur le micro-contrôle administratif du prix ;
- Surveiller la mise en œuvre de la réforme et des mesures réformées en matière d'administration du prix ;
- Organiser le contrôle et la surveillance nationale des prix, clarifier les limites de politique et le fondement juridique des lois et règlements en matière de prix, coordonner le problème politique surgi du travail de surveillance des prix ;
- Enquêter conjointement avec les autorités provinciales des prix sur les affaires d'infraction aux règlements et aux lois en matière de prix renvoyées par les ministères concernés, les gouvernements provinciaux, les infractions des entreprises publiques, les infractions graves sur les prix et les sanctionner sur la décision confirmative de l'enquête ; coordonner les affaires trans-provinciales tarifaires ;
- Elaborer le projet de loi, de règlement, de réglementations sur le prix, délimiter les activités d'infraction tarifaire ;
- Trancher les affaires de révision lorsque la décision rendue par l'administration provinciale a été refusée par les parties intéressées ;
- Diriger la surveillance publique et la dénonciation publique et sociale ; mettre en application le système de l'étiquette remarquable de prix et de la publication du prix ; encourager l'autodiscipline des acteurs économiques, et établir le système de crédit de prix ;
- Entreprendre la formation des cadres dans le domaine du contrôle et de la surveillance des prix en matière de concurrence ;
- Assumer la responsabilité des autres affaires assignées par le président de la Commission nationale de Développement et Réforme.

340. Le Service du Contrôle et de la Surveillance du Prix (SCSP) comprend 5 offices : Office général, Office de législation, Office de surveillance et direction, Office de l'inspection des prix, et Office de l'inspection de caisse monétaire sur les entreprises.

Le 21 août 2008, le SCSP a reçu quelques plaintes concernant les pratiques tarifaires, et ouvert la procédure d'enquête sur ces quatre plaintes qui sont les

pratiques monopolistiques de prix de Microsoft sur le marché chinois, la flambée du prix du pétrole et le supplément de frais de l'essence de trois grandes compagnies pétrolières chinoises, la flambée de prix de l'électricité du Groupe de l'Electricité de Chine.

Dans la formation nationale des directeurs des ramifications locales du SCSP pour l'application de la Loi antimonopole de Chine au mois de juillet 2008⁴⁶², la direction, les principes et les approches de l'application de la Loi antimonopole ont été clarifiés au sein du SCSP.

Quant à la direction de l'application de la Loi, le SCSP se concentrera sur les pratiques monopolistiques tarifaires, en particulier sur les accords restrictifs horizontaux, sur les cartels de prix. Les cartels font l'objet d'une prohibition *per se* (en soi) dans la plupart des législations sur la concurrence : que ce soit aux Etats-Unis ou dans l'Union européenne, ce type de pratiques ne saurait être exempté dans la mesure où il ne procure aucun gain pour les consommateurs qui viendrait en compensation de l'entrave à la concurrence. Dans le cas d'un cartel, l'approche du SCSP ne relève pas d'un quelconque bilan mais de la prohibition pure et simple. Les autres pratiques tarifaires, telles les accords restrictifs verticaux, l'abus de position dominante, l'abus de pouvoir administratif restreignant la concurrence et les pratiques tarifaires monopolistiques d'entrave à la concurrence sont aussi dans le champ d'application des attributions du SCSP, mais contrôlées selon le principe de circonspection⁴⁶³.

L'autre pratique étant au point de mire du SCSP est l'entente tarifaire dans l'appel d'offre, même si il n'existe pas de dispositif dans la Loi antimonopole sur l'entente tarifaire dans l'appel d'offre. Pourtant, le Règlement Provisoire de Réprimer les Pratiques Monopolistiques Tarifaires promulgué par la Commission nationale de

⁴⁶² Chaque année une formation des directeurs des différents services de la Commission nationale de Développement et de Réforme a lieu pour s'adapter à l'évolution de la situation économique du marché. La formation nationale des directeurs des Services du Contrôle et de la Surveillance du Prix pour l'application de la Loi antimonopole de Chine de 2008 est la première formation d'envergure pour la promotion de la Loi antimonopole de Chine au niveau des cadres de haute fonction. Les experts qui donnent le cours dans la formation sont issus des milieux universitaires chinois et des experts de Department of Justice (USA) et de la Federal Trade Commission (USA). Il y a une tendance de rendre un culte aveugle pour le système américain en Chine. Cette tendance s'explique par deux raisons : la puissance imposante des Etats-Unis dans tous les domaines, et leur zèle plus ardent que les européens d'imposer leurs systèmes aux autres. Dans cette formation le Directeur général du SCSP M. LI Lei présente son rapport qui fait un bilan de la formation en soulignant les approches de travail du SCSP.

⁴⁶³ Car en la matière, il n'existe pas un commun accord des pays différents, chacun son attitude et son traitement.

Développement et Réforme dispose que l'entente tarifaire dans l'appel d'offre est une variété des pratiques monopolistiques.

341. En ce qui concerne les principes de l'application de la Loi antimonopole du SCSP, quatre d'entre eux devraient être soulignés. D'abord, l'analyse économique est une méthode quantifiable pour délimiter la gravité des pratiques restrictives en contraste avec le raisonnement judiciaire qui définit la nature des pratiques restrictives. Puis le principe de l'infraction *per se* pour les cartels et la règle de raison appliquée en matière d'ententes technologiques et de distribution ou bien encore dans le cadre du contrôle des concentrations, selon laquelle un comportement doit être évalué en mettant en balance ses avantages et inconvénients ou ses gains d'efficacités et ses effets négatifs sur la concurrence. Ensuite, le principe de circonspection signifie que la conclusion ne doit pas être faite d'une façon précipitée sur la nature prohibée et monopolistique des activités des acteurs économiques, mais avec prudence, en considérant la situation globale du développement économique chinois, sinon l'application administrative risque d'être une intervention arbitraire sur l'économie.

342. À l'égard des approches de travail du SCSP dans l'application de la Loi antimonopole, le SCSP a élargi les pistes visant à détecter les pratiques tarifaires anticoncurrentielles, souligné l'emploi de la politique de clémence et de la procédure officieuse. Les pistes des informations du SCSP sont la dénonciation publique, les nouvelles médiatiques, les découvertes dans le travail d'inspection et d'examen, la poursuite du point chaud dans la société et les affaires renvoyées ou soumises par le président de la Commission nationale de Développement et Réforme ou par les autres autorités de la compétence ou du secteur. L'emploi de la politique de clémence est sans doute une méthode courante visant à encourager les auteurs des pratiques restrictives à dévoiler leurs activités illégales. En vertu de l'article 46 de la Loi antimonopole qui est le fondement de la politique chinoise de clémence, si les acteurs économiques prennent l'initiative de l'attitude sincère de dévoiler aux autorités de la concurrence leurs comportements illégaux, leurs accords restrictifs et leurs ententes illégales en fournissant des preuves importantes, les autorités saisies doivent atténuer leur sanction ou même les exempter de la sanction selon le cas. La procédure officieuse serait employée aussi au sein du SCSP. Cela signifie que pendant la période de l'enquête d'une pratique susceptible d'être prohibée, l'autorité de la concurrence peut suspendre la procédure sur la base de l'engagement de l'entreprise

visée qui promet de corriger ses comportements et d'éliminer leur effet négatif. Cette procédure de conciliation entre les autorités de la concurrence et l'entreprise visée est tenue en haute estime par le SCSP.⁴⁶⁴

III. Particularités et défis du système de l'application administrative des règles de concurrence en Chine

343. Trois points particuliers du système d'application administrative du droit de la concurrence sont remarquables dans la Loi antimonopole. Le premier d'entre eux est l'autorité de la Commission antimonopole et des Organes de la concurrence qui met l'accent sur l'unité d'application du droit de la concurrence par les Autorités de la concurrence. La Commission antimonopole n'a pas cherché à créer un droit spécial pour le secteur de la banque, pour celui de l'énergie, pour celui de l'industrie ou de l'automobile. Au contraire, le droit de la concurrence est fait pour l'ensemble du marché chinois et il devrait être appliqué à partir des mêmes concepts et des mêmes grilles de raisonnement. C'est là le rôle de la Commission antimonopole. La Loi antimonopole est assez souple et rustique pour pouvoir s'adapter à toutes les configurations du marché et à toutes les spécificités sectorielles.

Par cette Loi, les Institutions administratives de la concurrence voudraient transmettre un message simple à leurs interlocuteurs qu'il s'agisse des entreprises, des consommateurs ou des praticiens que les autorités de la concurrence n'ont pas pour rôle de construire le paysage concurrentiel, tâche qui revient aux régulateurs sectoriels, mais de faire en sorte qu'il y ait le plus grand espace possible pour la concurrence, au bénéfice du consommateur, du développement durable et de l'innovation de technologie. Ce simple message pourrait en effet lancer un grand défi aux autorités de la concurrence au sujet de l'intervention des personnes publiques dans le secteur concurrentiel, de la libéralisation des industries de réseaux, de l'articulation de la concurrence et du service public ou encore de la privatisation des entreprises publiques. C'est aussi ce simple message qui pousse les autorités de la concurrence à bien développer la motivation de leurs décisions dans lesquelles les autorités de la concurrence doivent expliquer et justifier leurs analyses afin d'éclairer davantage les entreprises sur ce qui relève du licite et de l'illicite.

344. Le deuxième point est celui de l'indépendance.

⁴⁶⁴ Voir le Rapport de M. LI Lei, le Directeur général du SCSP dans la formation nationale des directeurs des Services du Contrôle et de la Surveillance du Prix pour l'application de la Loi antimonopole de Chine en juillet 2008.

D'abord, la distance, en quelque sorte, sépare les autorités de la concurrence des acteurs du marché, à la différence des régulateurs sectoriels qui sont nécessairement proches des opérateurs économiques et qui portent avec eux un certain projet. Les autorités de la concurrence sont restées à égale distance de l'ensemble des secteurs et des marchés ;

Ensuite, la collégialité: l'institution chinoise est assez originale sous cet aspect : elle mêle membres permanents et membres non permanents, professeurs d'université en droit ou en science économique, responsables économiques, présidents d'organisations de consommateurs qui forment le Groupe consultatif au sein de chaque autorité. C'est aussi de cette confrontation des points de vue, de cette collégialité riche et paisible, qu'est née l'interdépendance entre les autorités de la concurrence ;

Enfin, la Commission antimonopole, loin de remettre en cause l'indépendance des autorités de la concurrence, y a contribué. Le fait de mettre fin aux dissensions entre les trois autorités de la concurrence dans le cas de l'importance nationale, de l'effet vicieux non négligeable sur le marché à travers le débat organisé par la Commission antimonopole de manière motivée et contradictoire, assure l'application efficace de la Loi et contribue également à la transparence et à l'indépendance des autorités de la concurrence.

345. Le dernier point tient à la place de l'analyse économique, incontestablement reconnue au sein de l'institution administrative de la concurrence. Bien entendu, la décision demeurera le fruit d'une technique juridique qui conduit, en partant d'une norme, à qualifier un comportement avant de déboucher sur un dispositif. Mais l'analyse économique aura une part grandissante dans les raisonnements des autorités de concurrence.

346. Cependant, quelques défis sont incontournables pour l'ensemble de l'institution chinoise de la concurrence :

Le premier est celui visant à conjuguer efficacité et sécurité juridique. L'efficacité de l'application de la Loi antimonopole par les autorités de concurrence tient à quatre éléments : d'abord, il faut mener une politique de sanction crédible. Puis, il convient de disposer d'une palette complète d'instruments, d'une boîte à outils comprenant à la fois des moyens de dissuasion (sanction, obligation de publication) et des moyens de correction qui peuvent être soit unilatéraux (injonctions, mesures conservatoires), soit négociés (clémence, engagements). Ensuite, il est nécessaire de se caler sur le

temps économique: le temps des institutions ne peut rattraper celui des entreprises, mais le cycle de la décision peut considérablement se raccourcir afin de coller, dans toute la mesure du possible, à celui des acteurs économiques. Enfin, il faut pouvoir assumer une certaine sélectivité, en concentrant ses forces sur les pratiques qui le méritent et en vérifiant a posteriori que les choix effectués ont été les bons.

Mais plus les sanctions deviennent dissuasives, plus la palette des instruments s'élargit, plus le temps de décision s'accélère, plus la sélectivité est admise, plus on entend une demande légitime de la part des entreprises en faveur de plus de sécurité juridique. Comment la garantir ? Il faut un standard de preuves clair et pédagogique, qui lie clairement les autorités dans leur prise de décision. Et un droit qui se construit, cas après cas, à partir d'une loi relativement elliptique et laissant une certaine marge à l'autorité chargée de l'appliquer. Alors les lignes directrices sont nécessaires et utiles selon l'expérience européenne. Le droit européen s'est nourri de lignes directrices dans lesquelles la Commission européenne annonce d'avance la règle qu'elle va appliquer et à laquelle elle va se lier, dans le respect du principe de protection de la confiance légitime. On pourrait aussi être inspiré par la technique française selon laquelle les autorités indépendantes peuvent utiliser la voie des directives pour codifier leur pratique et la rendre publique. En bref, à cet égard, les autorités chinoises ont un très long chemin à parcourir.

347. Le deuxième défi concerne l'équilibre entre l'action publique et l'action privée. Le choix européen, auquel s'est rallié la France, a été de confier l'application du droit de la concurrence essentiellement à une autorité spécialisée, qui est porteuse de l'équilibre voulu par la loi. On entend davantage les victimes qui veulent obtenir réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles. La dissuasion de l'approche américaine se manifeste dans l'action privée. En Chine, quel est le point d'équilibre dans un système qui doit rester guidé par l'action publique ? Quelle place faut-il consacrer aux actions privées menées directement par les victimes des pratiques anticoncurrentielles, qu'il s'agisse des entreprises ou des consommateurs ? Quelle est la relation de l'intervention respective de l'autorité de concurrence et du juge appelé à trancher un litige ? Comment articuler la clémence et la réparation ?

348. Le troisième défi est celui de la course incessante qui s'engage entre le marché, qui devient de plus en plus international, et la régulation, qui reste étroitement liée, au moins dans sa dimension procédurale, au cadre national.⁴⁶⁵

349. L'application administrative du droit de la concurrence est hérissée de récifs pour les autorités de concurrence dans tous les pays. Pour le système nouveau-né de l'application de la Loi antimonopole de la Chine, ces défis paraissent plus périlleux dans le contexte sans précédent de la combinaison du régime politique monocole et de l'économie polycéphale du marché.

⁴⁶⁵ Ce sont les opinions de M. Bruno LASSERRE, le président du Conseil de la concurrence de la France au sujet des autorités françaises de concurrence dans le livre intitulé « Vingtème anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : Evolutions et perspectives » sous la direction de Guy Canivet et Laurence Idot, LexisNexis, Litec, mars 2008. p.17. L'auteur de la thèse présente trouve que c'est aussi le cas des autorités chinoises de concurrence.

Chapitre 2 Le contrôle juridictionnel de l'application des règles de concurrence

350. Les textes de la loi de concurrence laissent toujours aux autorités exécutives une marge de manœuvre d'appréciation sur les infractions. Cette marge de manœuvre rend souvent la solution administrative arbitraire. D'ailleurs, les autorités compétentes de la concurrence, pour scrupuleuses et qualifiées qu'elles soient, sont souvent trop surchargées pour mener toutes les enquêtes et instruire toutes les demandes et plaintes⁴⁶⁶. C'est ainsi qu'il est nécessaire de canaliser rationnellement les réclamations et les griefs auprès de la juridiction compétente. *«La juridiction spécialisée a le dernier mot et elle l'aura de plus en plus à mesure que se renforceront la répression des pratiques anticoncurrentielles et le contrôle de la concentration.»*⁴⁶⁷

Le contrôle juridictionnel de l'application des règles de concurrence comporte deux parties : l'une est la soumission des autorités compétentes de la concurrence au contrôle final de la juridiction⁴⁶⁸ ; l'autre est l'action menée par l'Etat en tant que représentant des victimes lésées par les infractions au droit de la concurrence devant la juridiction compétente. Dans le contrôle juridictionnel, l'institution de **la juridiction compétente** varie selon la situation de chaque pays. Ainsi, la Chine s'est spécialisée (**Section 1**). Quant aux **modalités de contrôle juridictionnel**, les règles chinoises se différencient peu des droits étrangers, puisque la mondialisation du droit les rend de plus en plus convergentes (**Section 2**).

Section 1 La juridiction compétente

351. Il n'est pas superflu de rappeler brièvement le système judiciaire de la Chine (§1) avant d'examiner les instruments judiciaires en matière de concurrence (§2).

§1. Aperçu global du système judiciaire chinois

352. En Chine, la justice désigne l'exécution des lois par les organes judiciaires, en réglant les procès. Le système judiciaire chinois est l'ensemble des normes

⁴⁶⁶ Les autorités compétentes de la concurrence sont souvent très surchargées face à la hausse concertée des prix, aux abus de la position dominante excluant les concurrents hors du marché et au contrôle des concentrations, etc.

⁴⁶⁷ Dominique Brault, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, L.G..D.J. 2004, p. 702.

⁴⁶⁸ *Ibid.* p. 701.

concernant l'organisation des organes judiciaires, leurs attributions et leur fonctionnement dans le règlement des différends civils, pénaux et administratifs. Il se compose de deux volets, à savoir, **le système juridictionnel** comprenant les règles de l'organisation et des attributions des tribunaux populaires et **le système du contrôle judiciaire du jugement** par les parquets populaires (I). Parmi les organes judiciaires, les parquets populaires en tant qu'organes du contrôle judiciaire du jugement, sont opposés aux juridictions de tout échelon, tous deux chargés d'assurer la justice dans le régime étatique. Cependant, lorsqu'il s'agit de **l'application judiciaire de la Loi antimonopole**, ce système suscite de nombreuses discussions dans le milieu universitaire (II).

I. Le système juridictionnel et le système du contrôle judiciaire du jugement

A. L'organisation et les modalités du travail des tribunaux populaires

1. L'organisation et attributions des tribunaux populaires

353. En vertu des dispositions de la Constitution de 1982 et de la Loi organique sur les tribunaux populaires du 1^{er} juillet 1979, modifiée le 2 septembre 1983, l'organigramme des tribunaux populaires chinois est ainsi dressé : les tribunaux populaires locaux à divers échelons, les tribunaux populaires spéciaux⁴⁶⁹ et la Cour populaire suprême⁴⁷⁰.

Les tribunaux populaires de tous les échelons se sont établis selon la division administrative, soumis au contrôle de la Cour populaire suprême à travers deux moyens : l'appel et la révision. Les juridictions supérieures exercent un contrôle sur les activités judiciaires des juridictions inférieures non seulement par l'appel, mais aussi par un système de révocation et de révision. Dans le cas de la révocation, les juridictions supérieures peuvent effectuer un recours porté devant un tribunal inférieur lorsqu'elles le jugent nécessaire. Dans le deuxième cas, elles peuvent de leur initiative remettre en cause un jugement rendu par les juridictions inférieures et déjà entré en vigueur si des erreurs manifestes sont découvertes dans le verdict ou l'ordonnance.

⁴⁶⁹ Ce sont les tribunaux militaires les tribunaux maritimes et les tribunaux de transport ferroviaire. Ils acceptent le contrôle unifié de la Cour populaire suprême. Mais ils sont hors du sujet que nous allons aborder.

⁴⁷⁰ Voir l'ANNEXE V (tableau 3) : Rapport des juridictions chinoises avec les organes du contrôle judiciaire du jugement et l'Assemblée populaire nationale.

354. Les juridictions locales au niveau provincial sont divisées en tribunaux populaires de base, tribunaux populaires intermédiaires et tribunaux populaires supérieurs. A la différence du système juridique français qui se marque par la dualité de juridictions et l'approche de l'établissement des tribunaux de base⁴⁷¹, le système chinois permet aux tribunaux chinois de tous les échelons de pouvoir être saisis par les actions de différentes natures, que ce soient civiles, pénales ou administratives. Car ces tribunaux se composent des chambres civiles, pénales et administratives qui se chargent de la mission de juger les affaires au nom des tribunaux qu'elles y appartiennent en tant que leurs agents.

355. Selon la Loi organique sur les tribunaux populaires, les tribunaux populaires de base sont créés au niveau du district dans les districts et les arrondissements du ressort des métropoles. Les attributions des tribunaux de base sont limitées aux affaires civiles ordinaires, aux affaires commerciales de montant et de portée réduits et aux affaires criminelles mineures.

Les tribunaux populaires intermédiaires sont établis à l'échelon de la préfecture dans les provinces et les régions autonomes, dans les municipalités relevant directement de l'autorité centrale, dans les municipalités relevant de l'autorité provinciale et dans les préfectures autonomes. Ils ont pour attributions principales de juger les affaires de première instance qui sont sous leur juridiction selon les dispositions prévues par la loi⁴⁷², celles de première instance évoquées par eux-mêmes ou transférées par les tribunaux populaires de base, et celles d'appel ou de protestation contre les verdicts et les ordonnances prononcés par les tribunaux populaires de base. Elles peuvent demander à transférer les affaires de droit pénal, civil et administratif dont ils sont saisis, aux tribunaux populaires supérieurs du fait des circonstances d'importance capitale.

⁴⁷¹ La dualité de juridictions françaises dresse deux ordres indépendants, à savoir l'ordre judiciaire (civil et pénal) et l'ordre administratif, quant à l'approche de l'établissement des tribunaux de base, par lequel ceux-ci sont délimités selon la nature des affaires, par suite, sont nés les tribunaux correctionnel, de police, de commerce, de prud'homme et des baux ruraux, etc.

⁴⁷² En vertu des dispositions de la Loi de procédure pénale, les affaires pénales de première instance sous la juridiction des tribunaux intermédiaires sont: les affaires portant atteinte à la sûreté de l'Etat; les affaires pénales ordinaires susceptibles d'entraîner l'emprisonnement à perpétuité ou la peine de mort; les délits commis par des étrangers ou les affaires pénales de violation des droits et intérêts légitimes d'étrangers par des citoyens chinois. Le Code de procédure civile dispose que les affaires de droit civil importantes engageant une partie étrangère, celles à incidences graves dans son ressort et celles attribuées par la Cour suprême sont les affaires civiles de première instance des tribunaux populaires intermédiaires. Les affaires de première instance sous la juridiction des tribunaux populaires intermédiaires sont: les cas de détermination du brevet d'invention; les cas traités par la douane, les cas de procès intentés contre les actes administratifs des départements du Conseil des affaires d'Etat ou des gouvernements populaires de provinces, de régions autonomes ou de municipalités

Les tribunaux populaires d'instance supérieure résident aux échelons de la province, des régions autonomes et des municipalités relevant directement de l'autorité centrale. Leurs attributions principales consistent à juger les affaires de droit pénal, civil et administratif importantes ou complexes de première instance placées sous leur juridiction, les affaires de première instance évoquées par eux-mêmes et celle d'appel et de constatation contre les verdicts et les ordonnances prononcés par les tribunaux populaires d'instance inférieure et par le tribunal maritime du lieu de son siège, etc.

356. La Cour populaire suprême siège à Beijing. Elle est l'organe juridictionnel suprême de l'Etat chinois. Elle possède le pouvoir juridictionnel suprême de l'Etat et surveille le travail des juridictions populaires locales inférieures par l'évocation et la révision des verdicts et ordonnances prononcés par les tribunaux populaires d'instance inférieure. Elle a pour fonction de juger les affaires de première instance qui ont des incidences graves, une importance vitale, une complexité extrême à l'échelle nationale, de donner l'interprétation judiciaire quant à l'application concrète des lois et des règlements dans le cadre de la procédure judiciaire.⁴⁷³

La Cour populaire suprême est composée de deux chambres pénales, quatre chambres civiles et une chambre administrative. C'est à la troisième chambre civile que revient le pouvoir de contrôle sur les affaires de la propriété intellectuelle. Conformément à la loi organique du tribunal, «les présidents et les vice-présidents de tribunal et de chambre, les juges et les juges assistants, et les assesseurs populaires doivent être citoyens chinois ayant le droit de voter et d'être élu, 23 ans révolus et des connaissances juridiques»⁴⁷⁴.

2. Modalités d'organisation du travail juridictionnel des tribunaux

357. Conformément à la Loi organique sur les tribunaux populaires, le tribunal populaire dispose de trois formes d'organisation de son travail juridictionnel :

1) L'instance du juge unique

relevant directement de l'autorité centrale; les affaires importantes et complexes survenues dans la région sous leur juridiction.

⁴⁷³ L'article 33 de la loi organique des tribunaux populaires de 1979, modifiée le 2 septembre 1983. L'interprétation judiciaire en droit chinois consiste à édicter des normes obligatoires et abstraites qui « jouent un rôle aussi important que la loi et constituent un fondement direct dans l'activité judiciaire. » V. CHEN Chunlong, *La place et les fonctions de l'interprétation judiciaire en Chine*, in *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, sous la direction de LI-Kotovtchikhine Xiaoying, actes du colloque international des 7 et 8 octobre 2002, Litec, 2003, p.225.

⁴⁷⁴ Le chapitre 4 de la Loi sur les magistrats du 28 février 1995.

358. C'est une forme organisationnelle de jugement d'affaires simples et faciles, par un seul juge. En effet, comme le dit M. Jean VINCENT, l'instance de juge unique est une «*tendance dans la procédure civile contemporaine à confier de plus en plus souvent des tâches particulières à un juge unique, indépendamment des pouvoirs reconnus au président de la Juridictions ou son délégué*»⁴⁷⁵. Selon les dispositions prévues par la loi de la procédure civile et pénale, le juge unique a à statuer sur les affaires pénales de poursuites privées de première instance et autres affaires pénales légères, les affaires civiles et les affaires de litige économique simples, et les affaires adaptées au jugement de procédure spéciale.

2) L'instance collégiale

359. Exception faite des affaires faciles qui sont jugées par un seul juge, toutes les autres affaires seront jugées collégalement par au moins trois juges. La collégialité est le principe élémentaire dans le déroulement du jugement des tribunaux populaires. Les membres de l'instance collégiale sont désignés de manière temporaire, un juge est désigné par le président de tribunal ou de chambre comme juge en chef. Si le président de tribunal ou de chambre participe au jugement, il sera lui-même le juge en chef dans cette instance collégiale. Si des divergences se font jour, lors des délibérations collégiales, la minorité doit se soumettre à l'avis de la majorité, mais l'avis de la minorité doit être enregistré dans les délibérations écrites, avec les signatures des membres collégiaux.

3) Le comité du jugement

360. En vertu de l'article 33 de la Loi organique sur les tribunaux populaires, les tribunaux populaires de tous les échelons doivent constituer un comité du jugement, dont les membres sont nommés et destitués par le Comité permanent de l'Assemblée populaire de l'échelon correspondant, sur la recommandation du président de la Juridiction. Composé du président, des vice-présidents de la Juridiction, des présidents de chambre et de certains juges seniors, le Comité du jugement présidé par le président de la Juridiction a principalement pour mission de débattre les affaires importantes ou difficiles à trancher, de faire le bilan de l'expérience acquise dans l'activité judiciaire et de surveiller la qualité du jugement rendu par les juges dans les autres affaires.

Il convient de relever que la compétence du juge unique et de l'instance collégiale a été renforcée. En outre, des rapports entres le juge unique, l'instance collégiale et le

⁴⁷⁵ Jean Vincent et Serge Guinchard, *Procédure civile*, 27^e éd. Dalloz. 2003. p.274.

Comité du jugement sont éclaircis par la Cour populaire suprême dans son plan quinquennal de réforme judiciaire rendu public le 20 octobre 1999. La Cour suprême a souligné qu'«*il faudrait que l'instance collégiale et le juge unique exercent pleinement la responsabilité de jugement... Après avoir instruit l'affaire dont ils sont saisis, les instances collégiales ou les juges uniques décident s'il faut soumettre l'affaire au comité du jugement ou rendre directement le verdict par eux-mêmes. Si les présidents de chambre ou de Juridiction veulent trancher des affaires, il leur faudrait y participer en tant que président de l'instance collégiale*»⁴⁷⁶.

B. Rôle des parquets populaires chinois

361. En vertu de l'article 67 de la Constitution de 1982, et l'article 2 de la Loi organique sur les Parquets populaires, les parquets populaires existent à tous les échelons. Ils sont les organes d'Etat chargés du contrôle judiciaire, et exercent le pouvoir de procureur. Ils émanent de l'Assemblée populaire de l'échelon correspondant et lui rendent compte de leur travail.

La mission principale des parquets populaires est d'intenter l'action publique de droit pénal auprès des tribunaux populaires de même échelon et de contrôler la légalité de l'exécution des verdicts et ordonnances de droit pénal rendus par les tribunaux correspondants. En sus, ils exercent le contrôle judiciaire des jugements d'ordre civil et administratif. Les procureurs ont l'initiative de l'engagement des poursuites en concurrence avec les services de police. Les procureurs, en effet, peuvent intervenir à tout moment contre un jugement ou une ordonnance rendue par un tribunal par la voie de la supervision.

II. Discussions doctrinales concernant l'application judiciaire du droit de la concurrence

A. Problématiques dans l'application judiciaire du droit de la concurrence

362. Au regard du contrôle judiciaire du droit de la concurrence, le système judiciaire existant possède quelques insuffisances : En premier lieu, l'action publique dans le domaine de la concurrence a une portée limitée. D'après les normes actuelles, tels la Loi organique sur les Parquets populaires et le Code de la procédure pénale, il n'y a que les parquets populaires qui peuvent déclencher une action

⁴⁷⁶ *La Cour suprême rend public son plan quinquennal de réforme judiciaire*, in *Quotidien du peuple* (version outre-mer), le 23 octobre 1999, p. 4. Rapport annuel de la Cour suprême pour l'année 1999, publié le 10 mars 2000.

publique en déférant une affaire aux tribunaux populaires de même échelon en cas d'infraction très grave à la Loi antimonopole comme un crime contre la sécurité publique⁴⁷⁷. Les autorités de la concurrence n'ont pas la possibilité comme les autorités américaines de la concurrence d'intenter une action auprès des tribunaux populaires en tant que représentant de l'Etat. Cependant, il est possible pour elles de recourir aux tribunaux pour assurer l'exécution d'office de leur décision concernant la sanction infligée à l'entreprise-auteur de l'infraction de la Loi antimonopole, lorsque celle-ci n'a pas mis en œuvre la décision administrative, ni ne l'a contestée devant les tribunaux populaire sous forme d'une requête administrative.

363. En deuxième lieu, faute de normes réglementaires, l'action privée est encore impossible en Chine actuellement. Il est certain que les juridictions de base n'ont pas compétence pour juger des affaires de droit de la concurrence en raison de leurs attributions limitées aux cas civils ordinaires et aux affaires criminelles mineures. Les juridictions intermédiaires et de l'instance supérieure sont susceptibles d'être les tribunaux compétents sur les affaires de la concurrence. Cependant, ce qui reste encore discutable est que l'on ne sait si l'on doit conférer à la chambre civile chargée des affaires de la propriété intellectuelle les affaires de la concurrence ou s'il est nécessaire de créer une nouvelle chambre spécialisée dans les affaires de la concurrence au sein des tribunaux compétents.

En troisième lieu, parmi les tribunaux à l'échelon supérieur, quelle sera la juridiction compétente du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du contentieux administratif ?

D'où les discussions du milieu universitaire chinois.

B. Discussions doctrinales sur le contrôle judiciaire du droit de la concurrence

364. Le rapport entre l'application administrative et l'application judiciaire de la Loi antimonopole, l'action publique et l'action privée font l'objet des discussions dans le milieu de juristes chinois qui sont soucieux de l'efficacité de cette loi.

1. Sur le rapport entre l'application administrative et l'application judiciaire

⁴⁷⁷ Selon Chapitre 9 de la subdivision de la Loi pénale chinoise, ce crime peut être un abus des pouvoirs administratifs par les fonctionnaires, le délit de prévarication, le manquement aux devoirs, l'abus de la loi dans les poursuites judiciaires, le jugement illégal et la perquisition illégale, etc.

365. L'application publique et l'application privée sont deux approches principales dans le système d'application judiciaire du droit de la concurrence. Ces deux approches sont complémentaires dans tous les pays doté d'une loi sur la concurrence. La différence est que l'accent mis sur l'une ou l'autre varie selon des pays. Par exemple, aux Etats-Unis, la force de dissuasion de l'action privée à l'infraction au droit antitrust est aussi, voire plus importante que l'application publique (the public enforcement of antitrust law)⁴⁷⁸. En Europe, l'application publique est le seul outil pour assurer la réalisation des objectifs du droit européen de la concurrence malgré les efforts effectués de la Commission européenne pour encourager l'action privée (the private enforcement of law)⁴⁷⁹.

Les juristes chinois tiennent à l'idée que le rapport entre l'application publique et l'application privée illustre directement la nature du droit de la concurrence.⁴⁸⁰ S'agissant de la nature du droit de la concurrence, les opinions universitaires se divisent en deux groupes.

366. Le premier groupe retient la ressemblance du droit chinois de la concurrence avec celui de l'Union européenne⁴⁸¹ dans la mesure où en Europe le droit de la concurrence est généralement assimilé à un droit administratif, devant être appliqué par les fonctionnaires dans le respect de sujétions particulières et conformément à des procédures administratives⁴⁸². Il en va de même pour le droit chinois de la concurrence. D'ailleurs, les préoccupations de la doctrine chinoise vont de pair avec celles de l'Union européenne en trois points : l'intégration des marchés cloisonnés, la préservation de la concurrence et l'amélioration du bien-être des consommateurs. Cela va avec la nécessité de la mise en priorité de l'application administrative dans le

⁴⁷⁸ Hovenkamp H., *Federal, Antitrust Policy*, West Group, 2e éd.1999, p.593. A la différence de l'Europe où règne quasi-exclusivement l'application administrative ('public enforcement'), 90% du contentieux aux Etats-Unis relève du « private enforcement ».

⁴⁷⁹ La Commission européenne a avalisé l'approche administrative du droit de la concurrence, tout en modernisant en même temps son système de l'application de la loi par les publications successives en 2005 et en 2008 le Livre vert et le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante afin d'encourager les victimes de comportements anticoncurrentiels à engager des procédures civiles devant les juridictions nationales. (Livre vert, 19 déc.2005, COM (2005), 672 final). (Livre blanc, 2 avril 2008, COM(2008), 165 final). Dans son livre vert de 2005, la Commission a conclu que cette lacune était due, en grande partie, à la nature obstructive des règles et procédures des États membres régissant les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence.

⁴⁸⁰ HUANG Yong, Professeur et directeur du centre du droit de la concurrence de l'Université de l'Economie et du Commerce extérieurs de Chine, *Quelques réflexions sur l'application juridictionnelle de la Loi antimonopole*, In *Points chauds dans la législation chinoise*, dirigé par WANG Xiaoye, éd. de Documentation Chinoise, 2007.

⁴⁸¹ HUANG Yong, *op.cit.*,

⁴⁸² David J. GERBER, "Les Doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence", in *La Modernisation du Droit de la Concurrence*, dirigé par GUY CANIVET. Édition LGDJ, 2006, p.122.

système chinois, car cette situation est déterminée par les caractéristiques du droit de la concurrence qui est marqué à l'origine par sa forte professionnalité, sa haute technicité et sa large extensivité interdisciplinaire qui concerne de différentes phases de la chaîne de la vie économique.

Par conséquent, une institution assez puissante et autoritaire dotée d'une ample des experts juristes et économistes est opportune pour assurer son ascendant et sa professionnalité dans l'enquête et la décision définitive en matière de concurrence. Le rôle du juge en l'occurrence n'est que d'assurer effectivement la mise en œuvre de la décision administrative par les administrés.⁴⁸³

D'après M. HUANG Yong, la priorité de l'application publique dans le système de l'application du droit de la concurrence est une bonne illustration de la clarté du partage des attributions entre l'administration de la concurrence et la juridiction. Au surplus, elle pourrait diminuer davantage le fardeau de la juridiction.

367. Le deuxième groupe des opinions se divise en deux branches, une s'inspire du système allemand en indiquant qu'en Allemagne, le droit de la concurrence est un droit spécifique comprenant à la fois des éléments de droit privé et des éléments de droit public. Aussi peut-il être invoqué, soit dans le cadre de contentieux administratifs, soit dans le cadre de procédures de droit judiciaire privé⁴⁸⁴. Puisque il existe beaucoup de ressemblances tant au niveau circonscription administrative qu'au niveau institution juridictionnelle entre la Chine et l'Allemagne, cette première branche d'opinions considère le système allemand comme le modèle idéal auquel se référer.⁴⁸⁵ D'ailleurs, dans le système allemand, la plupart des décisions de la Cour suprême en matière de LRC ont été prononcées dans le cadre d'actions civiles, et par rapport aux autres Etats-membres de l'Union européenne, l'application privée en Allemagne a été un grand succès, marqué par l'action civile collective. La Chine possède les mêmes instruments judiciaires, pour elle, il ne faut que s'en prévaloir afin de renforcer la force dissuasive de la Loi antimonopole.

⁴⁸³ HUANG Yong, *Quelques réflexions sur l'application juridictionnelle de la Loi antimonopole*, op.cit.

⁴⁸⁴ En Allemagne, les Cours d'appel comportent des chambres spéciales. La Cour suprême fédérale a une chambre antitrust qui statue sur toutes les affaires de concurrence. Les affaires de concurrence sont traitées par un petit nombre de juges qui « peuvent développer une grande expertise sur la question, ce qui devrait promouvoir une jurisprudence cohérente. » Les décisions administratives rendues peuvent être frappées d'appel devant la Cour d'appel du ressort de l'autorité les ayant prononcées. Les décisions rendues au niveau du Ländere peuvent être frappées d'appel devant la cour d'appel du ressort de l'autorité locale les ayant prononcées. Un pourvoi en cassation fondé sur des moyens de droit est possible devant la Cour suprême fédérale. v. Michael Wise, *Droit et politique de la Concurrence en Allemagne*, in Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, Vol. 7, n°2, OCDE 2005. p. 46.

La deuxième branche d'opinions prône le système américain.⁴⁸⁶ D'après cette branche de juristes, la dualité du système américain, à savoir l'action publique et l'action privée, est la garantie de l'efficacité de l'application du droit antitrust. La rigueur des lois antitrust est ainsi renforcée d'une part par l'action publique interjetée par le DOJ et la FTC qui sont les représentants des Etats-Unis -la victime de l'infraction du droit antitrust,- d'autre part par l'action privée fréquemment intentée par les victimes civiles, tous deux pouvant demander des dommages-intérêts triplés (treble damages) devant le tribunal civil fédéral. D'ailleurs, la cour fédérale au ressort de la FTC a aussi pour mission de prêter son concours à l'activité d'application de la loi antitrust de deux administrations administratives par l'injonction ou d'autres mesures de remède concordantes avec la décision finale de la FTC.⁴⁸⁷

Ainsi, ces deux branches divergent sur le degré du rôle joué par les juridictions dans le système d'application de la Loi antimonopole. Mais ils convergent finalement vers un point commun : tous deux admettent la nécessité du système du contrôle judiciaire dans l'application du droit de la concurrence, en reconnaissant que le plus grand défaut de la nouvelle Loi antimonopole de 2007 réside dans l'absence de dispositions afférentes au contrôle judiciaire.⁴⁸⁸

368. Sans nul doute existe-il une tension majeure opposant sécurité juridique et pouvoir discrétionnaire dans l'application de la Loi antimonopole. La conception administrative du droit de la concurrence s'accommode d'un niveau assez élevé de pouvoir discrétionnaire. Même si en Chine, les actes administratifs sont susceptibles de faire l'objet de recours juridictionnels, dans le cas où le contrôle juridictionnel fait défaut, les victimes des pratiques anticoncurrentielles n'ont pas d'autre choix que de saisir la chambre administrative du tribunal pour contester les actes administratifs, au lieu d'attaquer directement les pratiques anticoncurrentielles ou abusives devant un tribunal civil. Cela encourage l'abus du pouvoir discrétionnaire par les fonctionnaires. C'est aussi une des raisons de la modernisation du droit européen de

⁴⁸⁵ WANG Xiaoye, *Droit de la concurrence de la Communauté européenne*, édition de Système juridique de Chine, 2001. pp.14-30.

⁴⁸⁶ JIANG Yanbo, *La Conception du Système judiciaire de la Loi antimonopole de Chine*, in Les Juristes, 2008, n°1, p.30. voir aussi, CONG Shujuan et KANG Chengjie, *Sur le Système des Dommages-intérêts dans la Loi antimonopole de Chine*, in Tribune de l'Industrie et la Science, Tome 7, 2008-2. pp.125-126.

⁴⁸⁷ Mark R. Joelson, *An International Antitrust Primer-A Guide to the Operation of United States, European Union and Other Key Competition Laws in the Global Economy*, op.cit., pp.31-35. v. égal. Jean-Christophe RODA, *Regards sur l'année 2006 en droit antitrust américain*, in Revue Lamy de la Concurrence, 2007, n°12, p.177.

la concurrence en matière d'action civile devant la juridiction tant au niveau européen qu'au niveau national.⁴⁸⁹ Aussi est-il impossible de transplanter dans un pays du système continental comme la Chine le mode américain, car celui-ci attribue, selon la tradition de «common law», au juge fédéral un pouvoir discrétionnaire aussi large qu'aux fonctionnaires de la concurrence. Quant aux juges chinois dépourvus du droit discrétionnaire, ils n'ont pour mission que d'appliquer la loi selon le texte écrit dans la loi.

369. Au bout du compte, inspirés des expériences européennes, la plupart des chercheurs chinois considèrent que dans le rapport entre l'administration et la juridiction à l'égard de l'application de la Loi antimonopole, la juridiction devrait jouer un rôle complémentaire tout en laissant prendre l'initiative à l'administration dans l'application de la Loi antimonopole. Cependant, en tant que contrôleur final de l'application administrative de la loi, et dernier recours pour les victimes civiles des pratiques anticoncurrentielles, il est indispensable pour la juridiction de construire sa propre capacité de mise en œuvre de la Loi antimonopole. En effet, aucun de ces deux systèmes d'application ne peut être ignorés.

2. Sur l'action publique et la juridiction compétente de la concurrence

370. La discussion de théoriciens et de praticiens se concentre autour d'un autre question, celle de la construction d'un système judiciaire de l'action publique et de déterminer quelle juridiction est à même d'être saisie sur les affaires de la concurrence.

371. En ce qui concerne le système judiciaire de l'action publique, les chercheurs chinois énumèrent plusieurs raisons pour démontrer la nécessité de s'inspirer du système américain.

En premier lieu, l'action privée ne pourrait couvrir toutes matières dans le droit de la concurrence. L'expérience américaine montre que le rôle de l'action publique déclenchée par le DOJ et la FTC ne peut pas être remplacé par l'action privée de masse. Car ces deux approches mettent l'accent sur différentes matières. La plupart des actions intentées par le DOJ et la FTC portent sur la fixation des prix, la

⁴⁸⁸ JIANG Yanbo, *La Conception du Système judiciaire de la Loi antimonopole de Chine*, op.cit., -CONG Shujuan et KANG Chengjie, *Sur le Système des Dommages-intérêts dans la Loi antimonopole de Chine*, -HUANG Yong, *Quelques réflexions sur l'application juridictionnelle de la Loi antimonopole*, op.cit.

⁴⁸⁹ Voir, David J. GERBER, *Les Doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence*, op.cit.

monopolisation⁴⁹⁰ et l'acquisition. Mais l'action privée de masse porte souvent sur la vente liée, la discrimination du prix et la transaction exclusive.⁴⁹¹ De ce fait, l'action publique est indispensable dans l'application efficace de la Loi antimonopole.⁴⁹²

En deuxième lieu, l'action publique parvient à l'action privée de masse. Selon les statistiques de 1973 à 1983, un quart des actions privées de masse contre les accords horizontaux, particulièrement la fixation du prix, interviennent à la suite d'actions publiques intentées par le DOJ et la FTC⁴⁹³. Car généralement une pratique anticoncurrentielle porte atteinte à la fois à l'intérêt général de l'Etat et aux droits et intérêts des particuliers. Pourtant, dans l'action publique, les autorités administratives ne représentent que l'Etat qui est une des victimes des pratiques anticoncurrentielles. Quant au reste des victimes directes, composées des consommateurs, des entreprises concurrentes et des entreprises évincées du marché par les pratiques restrictives, leurs droits et intérêts légitimes ne sont protégés que par l'action déférée par eux-mêmes. Ceci dit, l'action publique et l'action privée sont complémentaires l'une à l'autre. La combinaison de ces deux approches est la garantie de l'efficacité et de la force de dissuasion de la Loi antimonopole.

En troisième lieu, l'action publique a pour objectif de restaurer l'ordre concurrentiel du marché perturbé par les pratiques restrictives à la concurrence, d'éliminer les éléments néfastes restreignant le développement de l'économie du marché et d'assurer la liberté et l'égalité des acteurs économiques sur le marché concurrentiel. La bonne santé d'un marché est la prémisse de la jouissance des droits des acteurs économiques et du bien-être des consommateurs, du développement durable de l'économie du Pays. De ce chef, l'action publique est non seulement indispensable, mais aussi prioritaire dans l'ensemble du système judiciaire de l'application de la Loi antimonopole.

372. S'agissant de la juridiction qui aurait à statuer sur les litiges antimonopoles, il existe deux opinions différentes.

Certains chercheurs ont proposé d'attribuer cette compétence aux tribunaux de tout échelon. Quant à l'action publique, à la différence du système américain, seul les

⁴⁹⁰ Le droit antitrust américain ne parle pas d' « abus de position dominante », mais de « monopolisation ». En pratique, il n'y a guère de différences entre les deux notions.

⁴⁹¹ W.Kip Viscusi, *Economics of regulation and Antitrust*, édition Massachusetts Institute of Technology, 2005. p.40.

⁴⁹² JIANG Yanbo, *op.cit.*.

⁴⁹³ Thomas.E.Kauper and Edward.A.Snyder, *An Inquiry into the Efficiency of Private Enforcement: Follow-on and independently Initiated Case Compared*, *Georgetown Law Journal* 1163, 1221 (1986).

parquets à l'échelon correspondant devraient être autorisés à intenter une affaire antimonopole devant les tribunaux compétents, comme ils le sont dans la procédure pénale actuelle. Pour cela, il faudrait que les autorités administratives compétentes soient composées de fonctionnaires administratifs et d'un fonctionnaire judiciaire, c'est-à-dire d'un procureur pour assister les fonctionnaires administratifs de l'application de la loi dans leur travail. Cela lui permettrait sous l'autorité du président du parquet correspondant de saisir la juridiction pour intenter une action publique en tant que représentant de l'Etat au cas où il existe une atteinte grave à l'intérêt d'Etat et à l'intérêt public.⁴⁹⁴

Au fond, ce genre d'opinion est issu des partisans du système américain. Pourtant, cela est inapplicable en Chine à trois égards : D'abord, la généralisation de la juridiction des affaires antimonopoles aux tribunaux de tous échelons signifie le rejet radical du système nouveau-né provenant de la Loi antimonopole de 2007 qui a privilégié l'application administrative de ladite loi, l'application judiciaire étant complémentaire. Ensuite, elle aura tendance à alourdir le coût judiciaire compte tenu de la situation des ressources judiciaires limitées en Chine et à diminuer l'efficacité de l'application judiciaire à cause de la compétence relativement insuffisante des juges en la matière. Enfin, et le plus grave, elle constituera une entrave institutionnelle à l'indépendance des autorités administratives compétentes en matière de concurrence à cause de l'intervention d'un procureur éventuel.

373. D'autres chercheurs, par exemple l'auteur de cet ouvrage, proposent de tirer profit des expériences allemandes et françaises.

En France, le Décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005, sur la base de la loi NRE du 15 mai de 2001, a spécialisé les tribunaux de commerce et de grande instance de huit villes⁴⁹⁵ dans le contentieux national et communautaire de la concurrence en premier ressort sous le contrôle de la seule Cour d'appel de Paris. Comme le modèle français, les tribunaux chinois à l'échelon supérieur au niveau provincial, de municipalité relevant directement du Gouvernement central, de région autonome devraient disposer de la juridiction des affaires antimonopoles en tant que tribunaux

⁴⁹⁴ QIU Ben, *Suppositions sur les Organes éventuels antimonopoles de la Chine*, in *Revue de la Science Juridique*, 1999, n° 1.

⁴⁹⁵ Paris, Lille, Nancy, Marseille, Bordeaux, Fort-de-France, Lyon et Rennes.

compétents en premier ressort sous le contrôle de la Cour populaire suprême à travers l'appel, de la révision judiciaire.⁴⁹⁶

En Allemagne, selon la LRC, des chambres spéciales sont créées au sein des Cours d'appel et de la Cour suprême fédérale sur toutes les affaires de concurrence ; la Chine pourrait créer de même des chambres spéciales sur les affaires antimonopoles qui regrouperaient un petit nombre de juges spécialisés pour pouvoir développer une grande expertise sur la question de la concurrence en faisant le bilan des jurisprudences cohérentes. Les décisions administratives rendues en application de la Loi antimonopole pourraient être frappées du recours administratif devant la Juridiction à l'échelon supérieur du ressort de l'autorité les ayant prononcées. La Juridiction à l'échelon supérieur devrait être saisie tant par l'action publique que par l'action privée. Toutes les décisions judiciaires rendues par la Juridiction supérieure devraient être susceptibles d'appel devant la Cour populaire suprême.

A l'égard du travail juridictionnel sur les affaires antimonopoles, ce groupe de chercheurs propose de former, à côté de l'instance collégiale composée au moins de trois juges, une commission consultative dont les membres seraient des experts dans les domaines juridique, économique, d'industrie concernée, de politique sociale et de gestion, pour concourir au travail des juges en leur fournissant les informations analysées sur la politique, l'économie et le droit du marché.

3. Sur l'action privée

374. Les systèmes concernant l'action privée de la Loi antimonopole chinoise attirent aussi les attentions des juristes chinois. Parmi ces systèmes, on peut en énumérer quelques uns : le système du statut des justiciables, le système de la charge de la preuve et le système des dommages-intérêts.

375. En ce qui concerne les parties en cause, c'est-à-dire, les demandeurs pouvant former un recours devant la Juridiction, et les défendeurs étant l'objet d'un grief du demandeur-requérant, la compétence personnelle très limitée de la Juridiction de la concurrence se fera au détriment de la jouissance du droit d'action des victimes. Au contraire, si n'importe qui peut intenter une action devant la Juridiction, la situation abusive de l'action infondée constituera non seulement pour les entreprises un fardeau disproportionné, mais aussi pour la

⁴⁹⁶ Ceci dit, il y aura 31 instances supérieures compétentes en matière de la concurrence dont cinq sont aux régions autonomes, quatre aux municipalités relevant du Gouvernement central, vingt-deux aux provinces différentes.

ressource sociale et judiciaire une dissipation anormale. Par conséquent, il convient d'accorder une attention particulière au seuil du titre des parties en cause.

L'opinion dominante en Chine considère que les victimes des infractions aux règles de la concurrence sont composées des entreprises concurrentes évincées et des consommateurs ayant subi des pratiques anticoncurrentielles. Cependant, les consommateurs sont des victimes ayant des demandes généralement de faible montant, et ils sont nombreux ; il n'est donc pas possible pour la Juridiction de statuer une par une sur les affaires intentées par chacun d'entre eux. Pour cela, les Etats-Unis ont inventé la « class action » et l'Union européenne le « recours collectif », tous deux sous la forme d'actions collectives assorties d'une *option de participation explicite* (« *opt-in* ») pour faciliter l'accès de la justice à de nombreuses victimes. C'est une inspiration pertinente pour compléter le système chinois en l'espèce. Le mécanisme éventuel de recours collectif en droit chinois de la concurrence ne doit pas être conçu de manière telle qu'il engendrerait des frais disproportionnés pour le défendeur ou encourageraient des actions infondées.

376. À propos de la charge de la preuve, le principe général du système actuel de la Chine est, comme celui des pays occidentaux, qu'il incombe aux personnes saisissantes la charge de prouver le lien de causalité et le montant du dommage⁴⁹⁷. Cependant, dans le domaine de la concurrence, il s'est avéré difficile pour les victimes des pratiques anticoncurrentielles de réclamer des dommages-intérêts contre une entente horizontale. Fort heureusement, dans le système chinois de la charge de la preuve, il existe un système particulier au bénéfice des parties saisissantes modestes par rapport au défendeur puissant. Le législateur chinois met en avant le « principe du renversement de la charge de la preuve » (‘举证责任倒置’, ‘*juzheng zenren dao zhi*’) qui met à la charge du défendeur puissant le soin de prouver son innocence, si la partie saisissante a des moyens modestes.

Quant au système de responsabilité des dommages-intérêts suite à l'infraction aux règles de la concurrence, nous allons l'examiner dans la section suivante.

⁴⁹⁷ L'article 56 du Code de Procédure civile de la République populaire de Chine de 1982 prévoit que la partie saisissante est tenue de prouver la légalité de sa demande.

§2. *Instruments judiciaires en matière de concurrence*

377. Bien que la Loi antimonopole chinoise instaure une dominance de l'application administrative, à l'instar du système européen, le contrôle judiciaire et l'application judiciaire sont indispensables dans la mise en œuvre de la loi précitée. Envisageant la lacune législative, l'organe judiciaire de plus haut niveau de Chine a mis en valeur de nouveau son outil palliatif, à savoir l'interprétation judiciaire pour remédier à ces défauts (I). Faute de règles procédurales en matière de concurrence, les règles de procédures en matière civile, administrative et pénale vont faire l'objet de référence à la Juridiction compétente de la concurrence (II).

I. Interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême en matière de concurrence

378. Toute loi a ses desiderata. Toutefois, les lois chinoises modernes sont souvent caractérisées par un texte trop imprécis, un contenu incomplet et des mesures parfois inapplicables. Pour compléter un texte législatif et faciliter son application dans les litiges à venir, interpréter officiellement les lois par la Cour populaire suprême et le Parquet populaire suprême est devenu un procédé très utile et typiquement chinois (A). Dans le domaine du droit de la concurrence, l'interprétation donnée par la Cour populaire suprême s'avère le premier pas vers l'établissement du système judiciaire en ce qui concerne l'application de la Loi antimonopole (B).

A. Le rôle important des interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême dans la procédure contentieuse

379. A la différence du système français d'« avis contentieux » qui laisse au juge saisi la possibilité de consulter la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat «*avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges*»⁴⁹⁸, l'interprétation judiciaire en droit chinois appliquée par la Cour populaire suprême comme un pouvoir autonome réservé⁴⁹⁹, pour répondre «*directement aux questions soulevées par la pratique judiciaire, constitue la source d'interprétation la plus influente*»⁵⁰⁰. Elle «*joue un rôle aussi important que la loi et constitue un fondement direct dans*

⁴⁹⁸ Article 1^{er} de la Loi du 15 mai 1991, qui insère l'article L.151-1 dans le Code de l'Organisation judiciaire de la République française.

⁴⁹⁹ La Résolution du Comité permanent de l'APN relative au Renforcement du Travail d'Interprétation de la loi du 10 juin 1981.

⁵⁰⁰ ZHANG Li, *Le Contrôle Juridictionnel de la Légalité des Actes Administratifs en Chine-éléments d'analyse comparée des contentieux administratifs chinois et français*, Thèse pour le Doctorat en Droit, soutenue le 16

l'activité judiciaire»⁵⁰¹. Selon l'article 33 de la loi organique des tribunaux populaires de 1979, «*la Cour suprême donne des interprétations quant à l'application concrète des lois et des règlements dans le cadre de la procédure judiciaire.*»

*«L'interprétation judiciaire de la Cour populaire suprême peut intervenir dans deux circonstances différentes. Dans le premier cas, elle répond aux questions concrètes sur l'application des lois dans un litige donné, questions qui peuvent être soulevées d'office par la haute juridiction elle-même ou par les tribunaux inférieurs. Dans le deuxième cas, elle porte directement de manière abstraite sur une loi ou sur certaines dispositions d'une loi, en particulier lorsqu'il s'agit d'un nouveau texte législatif.»*⁵⁰² Dans ce dernier cas, les actes d'interprétation de la Cour suprême, par leur généralité, s'apparentent à une véritable législation et s'exposent souvent aux critiques pour empiètement sur le pouvoir législatif.»⁵⁰³

Bien que l'interprétation judiciaire de la Cour populaire suprême soit rendue publique sous diverses formes, telles que « avis », « explication », « réponse », « circulaire » ou « règle », etc., il n'y a pas de différence, à l'égard de l'autorité judiciaire, entre ces différentes formes d'interprétation.

*« Reflet des expériences pratiques acquises par les tribunaux, l'interprétation judiciaire en droit chinois consiste à enrichir les textes législatifs souvent sommaires. En ce sens, elle peut être rapprochée de la jurisprudence classique. Néanmoins, elle se distingue de celle-ci, par son détachement d'un procès particulier, sa valeur 'quasi-législative' reconnue et ses auteurs, limités à la Cour suprême et au Parquet Suprême.»*⁵⁰⁴

Les interprétations judiciaires ont également une fonction d'expérimentation pour le droit. Il est ainsi arrivé que la modification d'une loi ait été opérée quelques années après l'édition d'une interprétation jurisprudentielle en la matière. En ce sens, l'interprétation joue un rôle de « moteur » dans l'avancée des législations⁵⁰⁵. Il faut

février 2007. Directeur de thèse : M. Gérard TIMSIT, professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. pp.20 et s.

⁵⁰¹ V. CHEN Chunlong, *La place et les fonctions de l'interprétation judiciaire en Chine*, in *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, sous la direction de LI-Kotovtchikhine Xiaoying, actes du colloque international des 7 et 8 octobre 2002, Litec, 2003, p.225.

⁵⁰² C'est le cas, par exemple, des Principes généraux du droit civil du 12 avril 1986 qui sont entrées en vigueur le premier janvier 1987. Cette loi fondamentale en droit civil contient 156 articles, pourtant accompagnée d'un texte d'interprétation judiciaire de 200 articles. Il en est de même pour la loi sur la procédure civile, qui a 270 articles et est complétée ensuite par un texte interprétatif de la Cour suprême de 320 articles.

⁵⁰³ ZHANG Li, *op.cit.*, p.22.

⁵⁰⁴ ZHANG Li, *op.cit.*, p.22.

⁵⁰⁵ ZHANG Zhiming, *Interprétation du droit (falü jieshi)*, Edition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 2000, p.17.

également noter que ces interprétations judiciaires sont elles-mêmes évolutives et cherchent sans cesse à s'adapter aux nouvelles exigences de la société. Ainsi, nous pouvons escompter qu'arrivera une modification profonde de la Loi antimonopole de 2007 de Chine après quelques années d'expérimentations, par les interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême de Chine.

380. Pour le moment, en matière de contentieux antimonopoles, les actes d'interprétation judiciaire de la Cour populaire suprême les plus importants sont les «Explications relatives à l'application de la Loi contre la Concurrence Déloyale dans les affaires civiles» du 30 décembre 2006, un texte de 19 articles consacré à l'application de la Loi contre la concurrence déloyale de 1993; les «Règles sur la classification des causes du procès civil» du 29 octobre 2007, qui sont entrées en vigueur le 1er avril 2008, remplaçant les «Règles sur la classification des causes du procès civil (à titre d'essai)» de 2001 et la «Circulaire relative à la mise en étude et application sérieuse de la Loi antimonopole de la République populaire de Chine » du 28 juillet 2008.

B. Quelques interprétations judiciaires importantes en matière de concurrence

1. «Règlement sur la classification des causes du procès civil» et litiges antimonopolistiques

381. La notion de la cause de la demande a été reconnue par les juristes chinois il n'y a qu'une dizaine d'années, au fur et à mesure du déroulement de la réforme juridique. Pourtant, cette notion en Chine n'a pas suscité autant de controverses qu'en France.

En France, *«la doctrine est en effet unanime, lorsqu'il s'agit simplement de dire que la cause de la demande est le fondement (ou la base) de la prétention»*,⁵⁰⁶ pourtant, sur le contenu et les contours de cette base coexistent trois conceptions de la cause. *« Pour certains, la cause constituerait une notion juridique, règle formelle de droit»*⁵⁰⁷ invoquée à l'appui de la demande. Pour d'autres, *« la cause serait constituée, par les circonstances de fait invoquées en vue d'établir le droit subjectif par lequel se traduit juridiquement la prétention soumise au juge. Le demandeur saisirait le juge en lui apportant la situation de fait dans toute sa complexité. Pour*

⁵⁰⁶ Gérard COUCHEZ, *Procédure civile*, 15^e édition, Dalloz 2008.p.233.

⁵⁰⁷ Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Cécile CHAINAIS, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, 29^e édition Dalloz, 2008, pp.558-560. V. -Gérard CORNU, Jean FOYER, *Procédure civile*, 3^e édition PUF, 1996. pp.525-526.

d'autres enfin, *la cause de la demande serait un ensemble de faits juridiquement qualifiés.*»⁵⁰⁸

Les juristes chinois ne sont pas allés aussi loin dans la discussion de la doctrine en matière de cause de la demande que les juristes français. Afin de simplifier les choses, ils considèrent que la cause de la demande civile est en effet la dénomination d'une action civile, qui reflète la nature des faits litigieux pour dire la demande bien ou mal fondée en droit : nature juridique d'une convention, existence ou absence d'une faute délictuelle, garantie des vices, abus du droit, fraude, erreur, dol, etc. «*Le système bien conçu de la classification des causes de demande a pour but d'aider les demandeurs à bien viser le fondement de la demande et de faciliter pour les juges l'application correcte de la loi, en saisissant le point litigieux précis. C'est le 'pourquoi l'action en justice a pu être intentée'.*»⁵⁰⁹

382. De cette orientation de pensée, la Cour populaire suprême publiait en janvier 2001 les «Règles sur la classification des causes du procès civil (à titre d'essai)» qui a recueilli le fruit de l'expérimentation. A l'impulsion de l'entrée en vigueur de la Loi des Propriétés de 2008 et de la Loi antimonopole de 2007, la haute Juridiction d'Etat a éprouvé les besoins impératifs de modifier l'ancien règlement concernant la cause de l'action. Dans ce contexte, les «Règles sur la classification des causes du procès civil» de la Cour populaire suprême ont vu le jour le 1^{er} avril 2008.

Ce texte réglementaire classe toutes causes de demande en quatre échelons. Au premier échelon, sont énumérées 10 grandes catégories d'action, qui sont actions personnelle, réelle, contractuelle, possessoire, contentieux concernant la propriété intellectuelle, le commerce maritime et l'affaire maritime, et contentieux concernant les sociétés, les titres et les bons. Sous les dix grandes catégories d'action du 1^{er} échelon, figurent 30 causes civiles et commerciales qui constituent la cause du deuxième échelon. Sous le deuxième échelon, 361 causes plus précises, puis le quatrième échelon de cause concerne les causes les plus concrètes. Le litige de la concurrence, à savoir le litige de la concurrence déloyale et le contentieux

⁵⁰⁸ Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Cécile CHAINAIS, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire, op.cit.*

⁵⁰⁹ Interview du président de la 3^e Chambre (la Chambre de la propriété industrielle) de la Cour populaire suprême, par LIU Lan : *A propos du 'Règlement sur la classification des causes du procès civil'*, <http://www.lawyerwq.com/n8415c44.aspx>.

antimonopoles, est classé sous le contentieux concernant la propriété intellectuelle en deuxième échelon.⁵¹⁰

383. L'unification du droit civil et du droit commercial, réalisée en Chine, qui divise les juristes⁵¹¹ ne paraît pas constituer un problème majeur de la science juridique en Chine. Les principes généraux du droit civil de 1986 ne connaissent pas la distinction du droit civil et du droit commercial et leurs dispositions en matière d'obligations s'appliquent donc à tous actes civils ou commerciaux. Sur cette base, sont nées les lois spécifiques dans le domaine commercial et de nombreuses lois en matière de droit économique. Par conséquent, les matières spéciales, telles que sociétés, propriété industrielle, concurrence déloyale, faillites, etc., continuent à faire l'objet d'interprétations judiciaires qui unissent les affaires civiles et commerciales. Dorénavant, les victimes des pratiques anticoncurrentielles pourraient ester en justice pour les causes des dommages-intérêts subis à la suite d'infractions aux règles de la concurrence et de la concurrence déloyale.

2. «Explications relatives à l'application de la Loi contre la Concurrence Déloyale dans les affaires civiles» et litiges en concurrence déloyale

384. Comme toute liberté, la liberté de la concurrence ne peut être sans limites. «*La concurrence est un alcaloïde ; à dose modérée, c'est un excitant ; à dose massive, un poison*»⁵¹². Elle doit s'exercer dans le respect de celle d'autrui. Les acteurs économiques ne peuvent adopter un comportement déloyal, à savoir, une pratique contraire aux usages du commerce ou aux lois et règlements en vigueur. La théorie de la concurrence déloyale autorise la victime des infractions aux règles du commerce à poursuivre leur auteur en responsabilité civile.

Le 1^{er} décembre 1993, la Loi contre les Concurrences Déloyales, qui a pour finalité de réprimer les pratiques déloyales, est entrée en vigueur. Faute d'une connaissance claire de la différence entre les pratiques déloyales et les pratiques anticoncurrentielles, la loi contient quelques articles qui sont du ressort de la loi de la concurrence. Par exemple, l'article 6 de ladite loi interdit l'abus de position dominante de l'entreprise publique pour évincer les concurrents, tandis que l'article 11 interdit l'utilisation de prix d'éviction dans une offre, et l'article 15 interdit les

⁵¹⁰ La 16^e section de 5^e partie des « Règles sur la classification des causes du procès civile » de la Cour populaire suprême de 2008.

⁵¹¹ *Supra*.n° 148 et s.

ententes des entreprises pour faire une soumission pour une construction en élevant ou en abaissant le prix de soumission. Pourtant, faute de mieux, c'était la première étape de la mise en œuvre du concept de 'Concurrence' comme mission de l'organisme législatif pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles à l'avenir.

385. Cependant, cette loi ne colle pas vraiment à l'actualité économique de la Chine, du fait que beaucoup des nouvelles pratiques de nature déloyale sont impossibles à réglementer par elle, que la portée des termes employés par le texte est très vague et confus⁵¹³ et qu'il manque les règles en matière de juridiction des tribunaux compétents et les moyens de sanctions pécuniaires, tels que la détention de biens, la mise sous scellés de biens et le transfert coercitif de biens, etc. A cause de son impraticabilité, on compare souvent cette loi à un fusil sans cartouche. Alors l'autorité compétente contre les pratiques déloyales, à savoir l'AIC et ses ramifications locales, ne peuvent qu'appliquer les «Règlements provisoires de sanction administrative de la spéculation» adoptés par le CAE. Stricto sensu, cela transgresse le principe de primat de la loi.⁵¹⁴

Dans le contexte de l'inapplicabilité de la Loi contre la Concurrence Déloyale, sur la base des treize ans d'expériences jurisprudentielles de 1993 jusqu'à 2006, la Cour populaire suprême a finalement adopté le 30 décembre 2006, des «Explications relatives à l'application de la loi dans les affaires civiles de la concurrence déloyale» qui sont entrées en vigueur le 1^{er} février 2007 conformément aux Principes généraux du droit civil, à la Loi contre la Concurrence déloyale et à la Loi sur la procédure civile.

Les 18 premiers articles du texte sont consacrés à délimiter les termes apparus dans la Loi contre la Concurrence déloyale pour résoudre le problème de l'ambiguïté des termes à des fins d'application. Cela concerne 'le produit renommé', 'la décoration du lieu des activités', 'l'appellation d'entreprise', 'la valeur commerciale',

⁵¹² Barenton, confiseur de Detoef, cité par Dominique Brault dans *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, 2004, p.173.

⁵¹³ Par exemple, l'article 9 de ladite loi dispose qu'il est interdit à l'acteur économique d'employer la publicité mensongère qui permet au consommateur de faire une conclusion erronée sur la qualité, la nature, l'emploi, le producteur, la durée de validité et le lieu de provenance, etc. Pourtant, en ce qui concerne la notion de publicité mensongère erronée, le texte ne donne aucun indice.

⁵¹⁴ Dans la hiérarchie des normes, la portée des règles juridiques en Chine varie, selon l'autorité d'où elles émanent. On peut établir ainsi la hiérarchie des normes : La Constitution de 1982; les lois fondamentales adoptées par l'Assemblée nationale populaire ; les lois adoptées par le Comité Permanent de l'APN ; les interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême en matière de contentieux civil, pénal et administratif, les règlements adoptés par le Conseil des Affaires d'Etat ; les règlements locaux, adoptés par les assemblées populaires des différents niveaux ; les circulaires ministérielles ; les décrets adoptés par les gouvernements provinciaux et des grandes villes.

‘le secret commercial’, etc. Il convient de noter que dans l’article 17, la Cour populaire suprême permet aux tribunaux compétents de faire référence à la Loi sur le brevet et à la Loi sur la marque pour fixer le montant des dommages-intérêts aux infractions aux règles du secret commercial, de la marque et du prestige commercial.

Il n’y a qu’un seul article, à savoir, l’article 18 de la présente interprétation, qui est en fait la disposition sur la juridiction compétente en matière de concurrence déloyale. Selon cet article, les tribunaux intermédiaires sont la Juridiction compétente en premier ressort sur les litiges édictés par les articles 5, 9, 10 et 14 de la Loi contre la Concurrence déloyale, précisément parlant, ce sont les litiges sur la marque, la publicité mensongère, le secret commercial et le prestige et la réputation commerciale. En ce qui concerne d’autres pratiques déloyales, ce sont les tribunaux supérieurs qui décident, mais sous l’autorisation de la Cour populaire suprême, quels sont les tribunaux compétents en premier ressort. Pour les tribunaux de base qui ont été assignés par les tribunaux supérieurs, comme la Juridiction compétente en litiges de la propriété intellectuelle, ils gardent leur faculté de trancher les affaires en concurrence déloyale.⁵¹⁵

3. «Circulaire relative à la mise en étude et application sérieuse de la Loi antimonopole de la République populaire de Chine» et Juridiction compétente sur les litiges antimonopolistiques

386. Avant que la Loi antimonopole soit entrée en vigueur, la haute Juridiction d’Etat a souligné à plusieurs reprises la portée de cette loi. D’après elle, l’importance de la loi précitée se manifeste sur trois volets : primo, la Loi antimonopole chinoise est une loi fondamentale pour réprimer l’acte antitrust, pour préserver la concurrence sur le marché et pour maintenir l’ordre économique du marché. Secundo, la Loi antimonopole chinoise est une loi importante ayant pour mission essentielle de perfectionner la structure du marché, d’assurer la sécurité économique et la répartition des ressources par le marché. Tertio, elle joue un rôle important dans la protection des droits et intérêts légitimes des consommateurs, l’amélioration de la compétitivité des entreprises, le progrès technologique et dans le développement durable, stable et harmonieux de l’économie nationale.

⁵¹⁵ Article 18, alinéa 2 d’ «Explications relatives à l’application de la loi dans les affaires civiles de la concurrence déloyale» de 2007.

Eu égard à la position importante de la loi dans le cadre du droit du marché, il convient d'appeler l'attention des tribunaux de tous échelons sur l'application judiciaire de la loi. À ces fins, la Cour populaire suprême a publié sa «Circulaire relative à la mise en étude et application de manière sérieuse de la Loi antimonopole de la République populaire de Chine» le 28 juillet 2008, deux jours avant l'entrée en vigueur de ladite loi.

La Circulaire consiste en trois parties, portant respectivement sur la nécessité de connaître pleinement la portée de la Loi antimonopole, celui de traiter efficacement les différents types des litiges en matière de concurrence et celui de faire des recherches approfondies dans le domaine du droit de la concurrence pour que le bilan des expériences juridictionnelles soit fait consciencieusement dans le souci de la législation complémentaire à venir.

C'est dans la deuxième partie, intitulée 'Traiter de manière légale et consciencieuse toutes sortes de litiges antimonopoles', que l'on peut déduire trois sortes de litiges en concurrence, la Juridiction compétente en principe, et deux sortes d'action, à savoir, action civile et action administrative. La deuxième partie dispose ce qui suit :

« II. Traiter de manière légale et consciencieuse toutes sortes de litiges antimonopoles
*La responsabilité civile se trouve énoncée à l'article 50 de la Loi antimonopole. Lorsque les victimes de ces pratiques monopolistiques entament une action civile conformément à l'article 108 de la Loi de la Procédure civile et à la condition de recevabilité prévue par la Loi antimonopole, le tribunal populaire saisi doit la recevoir selon la loi et la juger selon la loi. Puisque la Loi antimonopole a un lien étroit avec la répression de l'abus de la propriété intellectuelle et la protection de la propriété intellectuelle, et qu'elle, avec la Loi contre la Concurrence déloyale, toutes les deux appartiennent ensemble au cadre du droit de la concurrence, le **«Règlement sur la classification des causes du procès civil** », entré en vigueur depuis le 1^{er} avril 2008, a classé tous les litiges en monopoles et litiges en concurrence déloyale dans le même cadre, c'est-à-dire le cadre de la propriété intellectuelle. De ce chef, la chambre habilitée à trancher les affaires de la propriété intellectuelle dans les tribunaux populaires de tous échelons (a ainsi la compétence de juger la cause en monopoles) doit assumer sa responsabilité en jugeant, en statuant sur les affaires monopolistiques concernant l'abus de la propriété intellectuelle et d'autres affaires monopolistiques.*

Lorsque les parties concernés (personne physique, personne morale ou d'autres associations sociales) qui refusent d'accepter les actes administratifs concrets rendus par les autorités compétentes antimonopolistiques, intentent une action administrative devant un tribunal, avant de la recevoir le tribunal saisi doit vérifier la nécessité du recours administratif de la demande des parties concernées conformément à la Loi sur le contentieux administratif du 4 avril 1989 et à l'article 53⁵¹⁶ de la Loi antimonopole de 2007. Les tribunaux compétents doivent recevoir et juger selon la loi les litiges qui sont de leur ressort et répondre à la condition de recevabilité.»

387. De ce texte et du «Règlement sur la classification des causes du procès civil», les trois sortes de litiges en concurrence qui sont recevables devant la Juridiction compétente sont le litige en concurrence déloyale, le litige monopolistique concernant l'abus de la propriété intellectuelle et le litige monopolistique en concurrence.

La Juridiction compétente est en principe la chambre habilitée à trancher les affaires de propriété intellectuelle au-dessus des tribunaux populaires intermédiaires⁵¹⁷. Il convient d'accorder une attention particulière au système de renvoi à la Juridiction supérieure lors d'une affaire de rejaillissement national et de portée importante.

Deux sortes d'action civile et administrative y sont comprises. L'action pénale concernant l'infraction des règles de concurrence n'est pas mentionnée par la Cour populaire suprême.

La juridiction compétente par voie d'exception en matière de pratiques anticoncurrentielles peut, sur le fondement de l'article 50 de la Loi antimonopole de 2007, prononcer la nullité de tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 13, 14, ou 17 et 19 de ladite loi, qui ont pour mission de préserver l'ordre public économique. Alors, selon la doctrine civile, il n'est pas difficile de déduire que cette action fondée sur l'ordre public

⁵¹⁶ L'article 53 de la Loi antimonopole dispose que «Lorsqu'une partie intéressée refuse d'accepter la décision rendue par les autorités compétentes antimonopolistiques en application des articles 28 et 29 de la présente loi, elle doit d'abord déposer un recours administratif auprès de l'organe supérieur. Faute de la satisfaction de la décision issue du recours administratif, elle peut ensuite intenter l'action administrative devant la Juridiction compétente.

Si une partie intéressée refuse d'accepter la décision prise par les autorités compétentes antimonopolistiques, elle peut déclencher la procédure contentieuse administrative devant le juge administratif dans le tribunal saisi. »

⁵¹⁷ Par exemple, la 3^e Chambre de la Cour suprême populaire est la juridiction compétente pour les litiges antimonopolistiques. Voir l'ANNEXE III (tableau 1) : Organisation interne de la Cour suprême populaire de la Chine.

économique entraîne la nullité absolue des pratiques prohibées et que sa cause est différente d'une action visant à préserver l'équilibre des relations contractuelles entre les parties. Les relations entre l'action civile et l'action sur le fondement du droit de la concurrence ne sont pas toujours faciles à définir car une faute concurrentielle ne constitue pas nécessairement une faute civile.

388. En fin de compte, les interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême sont loin d'être complètes pour combler les lacunes de la Loi antimonopole de 2007. La haute Juridiction d'Etat en est bien consciente⁵¹⁸.

II. La procédure judiciaire en droit de la concurrence

389. Le droit chinois dispose des principes généraux de procédure valables pour toute catégorie de contentieux, tels que les droits de la défense, la collégialité, le double degré d'instance, la supervision judiciaire des jugements, etc.(A) Théoriquement, le contentieux monopolistique doit connaître une procédure plus spécifique pour répondre à son champ d'application particulier. Cependant, il n'y en a pas actuellement en droit chinois. Avant la naissance de l'éventuelle procédure du contentieux monopolistique, la procédure civile et celle du contentieux administratif sont applicables par analogie (B).

A. Principes généraux de procédure

1. Les droits de la défense

1) Jugement en public

⁵¹⁸ Face au question du public dans une conférence de presse, le président de la 3^e Chambre (celle de la propriété intellectuelle) de la Cour populaire suprême, avoue que les tribunaux populaires ont encore une longue marche à effectuer dans 7 problèmes irrésolus qui sont :

- la juridiction des affaires civiles doit-elle être ordinaire ou spéciale comme celle des affaires concernant la propriété intellectuelle ?
- la délimitation du statut du demandeur dans l'action civile doit-elle s'étendre aux consommateurs et aux entreprises ?
- à propos de la modalité de la sanction civile, en dehors des dommages-intérêts, les tribunaux populaires peuvent-ils employer d'autres moyens tels que l'injonction, la mesure conservatoire, etc. ?
- en dehors des pratiques anticoncurrentielles énumérées précisément dans la Loi antimonopole, les tribunaux populaires peuvent-ils définir d'autres pratiques antimonopolistiques dans la procédure civile ?
- dans le rapport entre les tribunaux populaires et les autorités compétentes antimonopolistiques, les tribunaux populaires doivent-ils accepter les éléments factuels vérifiés et la qualification d'une infraction faite dans la procédure d'application administrative par les autorités administratives ?
- dans la confirmation des éléments factuels concernant les pratiques monopolistiques, comment les tribunaux populaires peuvent-ils répartir la charge de preuve aux parties concernées, et quelle est la méthode d'analyse rationnelle et scientifique en ce qui concerne la délimitation du marché pertinent, la part du marché et la position dominante, etc. ?
- comment délimiter le rapport entre la protection de la propriété intellectuelle et la répression des pratiques monopolistiques nuisibles à la concurrence, malgré l'article 55 de la Loi antimonopole exemptant les pratiques dans le champ du droit de la propriété intellectuelle, de l'application de la Loi antimonopole ? <http://zh1.jnu.edu.cn/plaw/show.aspx?id=211&cid=16>.

390. Aux termes de l'article 125 de la Constitution de la République populaire de Chine de 1982, modifiée le 14 mars 2004, et de l'article 10 de la Loi de procédure civile du 9 avril 1991, modifiée le 28 octobre 2007, les affaires déferées aux tribunaux populaires sont jugées en public sous réserve d'autres dispositions prévues par la loi.

Le système chinois de jugement en public désigne en deux sens que d'une part, les causes sont jugées en public dans les tribunaux populaires, sauf quelques exceptions⁵¹⁹. Cela veut dire qu'avant l'ouverture de l'audience, le tribunal saisi doit publier l'information concernant les faits contestés par deux parties et la date et le lieu de l'audience, que pendant tout le processus du jugement en public, les citoyens sont autorisés à assister à l'audience et les journalistes à interviewer, sauf pour les délibérations collégiale. Les verdicts des affaires qui n'ont pas été jugées en public, dans l'exception prévue par la loi, doivent être rendus publics par la publication dans le journal officiel de la Juridiction populaire.

b) La récusation et le principe du contradictoire

391. Du point de vue de l'organisation de l'audience, les droits de la défense sont assurés par deux moyens, d'abord, par le système de récusation, puis par le principe du débat contradictoire.

En ce qui concerne le système de récusation, lorsque le demandeur ou les personnes intéressées doutent de l'impartialité du juge d'une audience, ils peuvent réclamer sa récusation⁵²⁰. Ce système empêche le personnel judiciaire qui entretient des relations spéciales avec l'affaire ou avec les parties concernées de participer au jugement, dans le souci que ces relations peuvent éventuellement affecter le résultat impartial et équitable du jugement. Ici, les personnels judiciaires comprennent juge, procureur, enquêteur, greffiers, interprète et expert d'expertise judiciaire. La Loi de procédure pénale et la Loi de procédure du contentieux administratif portent des clauses similaires.

⁵¹⁹ Conformément aux textes de l'article 7 de la Loi organique relative aux tribunaux populaires et de l'article 120 de la Loi de procédure civile de 1991, les affaires suivantes ne doivent être jugées en public: les affaires touchant au secret de l'Etat; les affaires concernant les mœurs et secret personnel de la personne impliquée, les infractions et délinquances commises par les mineurs. Or, les affaires de divorce et les affaires relatives au secret commercial peuvent ne pas être jugées en public, à la demande des parties concernées.

⁵²⁰ Aux termes de l'article 45 de la Loi de procédure civile, les personnels judiciaires doivent se récuser, et les parties ont le droit de demander leur récusation oralement ou par écrit, dans l'un des cas suivants:

- a. Ils sont les parties ou les proches des parties d'une affaire;
- b. Eux ou leurs proches ont des relations d'importance vitale avec l'affaire;
- c. Ils sont témoins, experts ou défenseurs de l'affaire ou agents de l'une des parties du procès de droit civil;

A l'égard du principe du débat contradictoire, il est un principe naturel de l'instance que chaque partie soit en mesure de discuter les prétentions, les arguments et les preuves de son adversaire. Ce principe de la contradiction constitue dans la Constitution chinoise un principe général du droit en procédure civile, pénale et administrative. Il est essentiel pour que chacune des parties ait la liberté d'attaquer et de se défendre, la possibilité de connaître et de discuter les documents produits et les témoignages déposés, d'assister à certaines procédures de preuve telles que l'enquête ou l'expertise. Selon l'article 127 de la Loi de procédure civile de 1991, ce principe s'impose non seulement aux parties, mais aussi au juge. Quant au juge, il a non seulement l'obligation de faire observer le principe de la contradiction, mais encore il doit l'observer lui-même. Les parties sont ainsi protégées non seulement contre les manœuvres de l'adversaire, mais aussi contre la négligence ou la partialité du juge.

2. La collégialité et la dualité d'instance

392. Aux termes de l'article 10 de la Loi organique sur les tribunaux populaires, les tribunaux populaires jugent les affaires de manière collégiale dans la procédure ordinaire, contrairement à la procédure simplifiée présidée par un seul juge⁵²¹. Alors, la collégialité en droit chinois se présente en deux sens.

En premier lieu, la collégialité stipule que le tribunal saisi par une action civile, pénale ou administrative est formé au moins de trois juges en nombre impair. C'est une forme élémentaire de l'organisation du jugement des tribunaux populaires. Ses membres ne sont pas immutables, mais constitués de manière provisoire, avec un juge désigné par le président de tribunal ou de chambre comme juge en chef.

En deuxième lieu, il existe un comité juridictionnel dans les tribunaux populaires de tous échelons qui est une forme de la collégialité au sens général. Le président du tribunal préside le comité juridictionnel qui a pour tâche de délibérer des affaires sensibles, d'importance vitale ou de technicité complexe à trancher, de faire le bilan des expériences acquises dans le travail juridictionnel et de débattre les autres problèmes concernant le travail juridictionnel.

En bref, ce système de collégialité joue un rôle important dans la mesure où est ainsi réduite la possibilité de l'arbitraire légal imputée aux défauts et lacunes dans la loi, tout en préservant l'indépendance personnelle des juges populaires.

d. Ils ont d'autres relations avec les parties de l'affaire, relations susceptibles d'affecter le résultat impartial et équitable du jugement.

⁵²¹ *Supra*.n° 358.

Quant au double degré d'instance, en vertu des dispositions de l'article 12 de la Loi organique sur les tribunaux populaires, dans toute catégorie de contentieux, les tribunaux populaires appliquent le système de jugement en dernier ressort en deux instances. Ce système signifie qu'une affaire déferée sera déclarée close après être passée par les jugements des deux tribunaux d'échelon différent, sous réserve d'autres dispositions prévues par la loi⁵²².

Le jugement en dernier ressort en deux instances dans le système de quatre échelons d'instance⁵²³ exige que l'affectation des affaires entre les Juridictions de quatre échelons soit effectuée selon la nature et le degré de difficulté de celles-ci. Si les parties n'acceptent pas le verdict ou la décision rendue en première instance, elles peuvent faire appel au tribunal populaire de l'échelon supérieur dans le délai fixé par la loi. Si le parquet populaire estime erroné le verdict ou l'ordonnance prononcée en première instance, il peut protester contre la sentence auprès du tribunal populaire de l'échelon supérieur. Si, durant le délai de l'appel, les parties ne font pas appel et si le parquet populaire ne proteste pas, le verdict ou la décision rendue en première instance entre en vigueur. Le verdict et l'ordonnance prononcés par le tribunal populaire de l'échelon supérieur dans le procès d'appel en dernier ressort entreront immédiatement en vigueur.

3. La supervision judiciaire des jugements

393. C'est un système exceptionnel de contentieux qui consiste à revoir les verdicts et les ordonnances déjà entrés en vigueur, par les tribunaux populaires. Il constitue un complément au système de jugement en dernier ressort en deux instances. Conformément à la loi procédurale, le système de supervision judiciaire des jugements comporte les points suivants:

Primo, la condition préalable au déclenchement de la procédure de supervision judiciaire des jugements est la découverte d'erreurs effectives sur le plan des faits confirmés et des lois appliquées dans les verdicts et les ordonnances déjà entrés en vigueur.

⁵²² Selon le chapitre 15 de la Loi de procédure civile, et la Loi organique sur les tribunaux populaires, les affaires suivantes sont jugées une fois en dernier ressort: a. Les affaires en première instance jugées par la Cour populaire suprême; b. Les affaires d'électorat, de détermination de l'incapacité légale ou de la capacité conditionnelle, de déclaration de disparition et de mort, et de détermination d'une fortune sans propriétaire, jugées par les tribunaux populaires de base selon la procédure spéciale.

⁵²³ Les quatre échelons d'instance sont le tribunal populaire de base, le tribunal intermédiaire, le tribunal supérieur et la Cour populaire suprême.

Secundo, le droit de déclencher la procédure de supervision judiciaire des jugements appartient au président des tribunaux populaires de tous les échelons, au parquet populaire de l'échelon supérieur, à la Cour populaire suprême et au Parquet populaire suprême.

Tertio, la supervision judiciaire des jugements se déroule sur les trois voies suivantes : soit à la demande du président du tribunal populaire ou à la décision du comité juridictionnel du même tribunal qui a rendu le verdict contesté, une autre juridiction de collégialité sera alors formée pour réviser le verdict contesté ; soit à la sommation de la Cour populaire suprême, les tribunaux populaires de l'échelon inférieur sont habilités à réviser le jugement, soit par le truchement de la protestation du Parquet populaire suprême et du parquet populaire de l'échelon supérieur; le tribunal à l'échelon correspondant réexamine le fait et le droit erroné dans l'affaire close.

Quarto, en révisant le jugement d'après la procédure de supervision judiciaire des jugements, le tribunal populaire doit former une nouvelle chambre collégiale et procéder au jugement selon la procédure de la première instance, si l'affaire était jugée à l'origine en premier ressort, et le verdict et l'ordonnance prononcés peuvent faire l'objet de l'appel et de la protestation; il doit procéder au jugement selon la procédure de la deuxième instance si l'affaire était jugée à l'origine en deuxième ressort ou jugée par le tribunal populaire de l'échelon supérieur, et le verdict et l'ordonnance prononcés sont le jugement et l'ordonnance en dernier ressort.

B. La procédure civile et du contentieux administratif

1. Règles de la procédure civile

394. Pour que les règles de la concurrence soient enracinées dans la culture juridique chinoise, les voies débouchant sur l'action civile doivent être indispensablement établies pour les victimes directes (consommateurs ou entreprises concurrentes). La responsabilité civile des pratiques restrictives à la concurrence se trouve énoncée à l'article 50 de la Loi antimonopole : *«Les entreprises qui ont commis une infraction en participant à des pratiques monopolistiques et causé de ce fait des préjudices aux autres entreprises ou individus doivent assumer leur responsabilité civile conformément à la loi »*. Selon la «Circulaire relative à la mise en étude et application de manière sérieuse de la Loi antimonopole» de la Cour populaire suprême en date du 28 juillet 2008, les chambres de la propriété

intellectuelle de la juridiction civile dans les tribunaux populaires de chaque échelon, sont compétentes par voie d'exception en matière de pratiques anticoncurrentielles et peuvent, sur le fondement de l'article 108 de la Loi de la Procédure civile constater la nullité de tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 13, 14, 17, 19 de la Loi antimonopole de 2007.

Stricto sensu, avant l'entrée en vigueur de la Loi antimonopole, les tribunaux n'avaient jamais été saisis d'une cause monopolistique. Cependant, ils ont statué sur des litiges concernant les pratiques monopolistiques sur le fondement de la Loi du contrat, et de la loi contre la concurrence déloyale. Par exemple, donnant une explication précise à l'article 329 de la Loi du contrat qui dispose que «*Sont nuls tous contrats, accords et ententes de technique qui visent à monopoliser les techniques, entraver le progrès technique ou empiéter le fruit de technique d'autrui*», l'article 10 des «*Explications relatives à l'application judiciaire de la Loi dans les affaires concernant le contrat de technique* » de 2004 de la Cour populaire suprême, constate la nullité de tout engagement, convention ou clause contractuelle de technique de nature monopolistique. D'ailleurs, des tribunaux locaux ont été autorisés à trancher des affaires civiles de concurrence déloyale, se rapportant à une pratique prohibée par l'article 6 de la Loi contre la concurrence déloyale, telles la vente liée, l'abus de la position dominante, etc. Alors, il est permis de faire un survol de l'action civile en Chine à l'égard des affaires monopolistiques.

1) Les conditions d'ouverture d'une action en justice

395. Le droit civil chinois reconnaît la doctrine classique des conditions d'ouverture des actions qui désigne que la recevabilité d'une action est essentiellement subordonnée, du point de vue de la personne du plaideur, à deux conditions : l'intérêt et la qualité. Ces deux conditions sont exigées de toute personne qui se présente comme demandeur, comme défendeur ou comme tiers intervenant. Toute personne engagée, à un titre quelconque, dans une instance, doit, se soumettre aux conditions générales d'ouverture des actions. Cela est aussi vrai pour chacune des voies de recours, pour l'appel, pour l'opposition, pour la tierce opposition, pour le recours en révision.

L'article 108 de la Loi sur la Procédure civile est une disposition des conditions d'ouverture d'une action en justice en Chine. Selon elle, « *Les conditions d'ouverture d'une action en justice doivent être les suivantes :*

(1) *le demandeur peut être les citoyens, les personnes morales et d'autres*

organisations sociales qui ont un rapport direct de profits et pertes avec l'affaire déferée ;

- (2) *le défendeur doit être précisément lié à l'affaire visée ;*
- (3) *ayant la cause légitime, la demande est concrète et le fait est actuel ;*
- (4) *l'affaire est du ressort du tribunal populaire. »*

396. En ce qui concerne la qualité du sujet, l'article 49 de la loi précitée dispose aussi que les citoyens, les personnes morales et d'autres organisations sociales peuvent être les parties dans une affaires civile déferée devant les tribunaux populaires compétents. Ici, deux points exigent d'être éclaircis : d'abord, c'est l'emploi du mot 'citoyens', une terminologie politique. Dans le contexte de la législation, les 'citoyens' comprennent toutes personnes physiques, de nationalité chinoise et étrangère. Ensuite, à propos de la personne morale, il n'y a pas de distinction entre personnes morales de droit public et de droit privé. Toutes les personnes morales en droit chinois sont ainsi définies par les Principes généraux du droit civil de 1986 : personne morale du type d'entreprise ('企业法人', 'qiye faren'), personne morale du type d'organe d'Etat ('机关法人', 'jiguan faren'), personne morale d'établissement public ('事业单位法人', 'shiyi danwei faren') et personne morale de groupement social ('社会团体法人', 'shehui tuanti faren'). Par suite, dans le texte des articles 4 et 108 de la Loi précitée, la personne morale doit comprendre celle de droit public et de droit privé. Non seulement les personnes morales du type d'entreprise, mais aussi les organes d'Etat, les établissements publics et les associations sociales peuvent être les parties dans une action civile.

397. Quant à l'intérêt, c'est la première condition pour pouvoir saisir la justice. Un vieux dicton l'a bien illustrée : «*Pas d'intérêt, pas d'action*». Celui qui agit doit justifier que l'action qu'il exerce est susceptible de lui procurer un avantage. La notion d'intérêt dans la doctrine est cependant en soi indéfinie et multiforme ; en plus, le texte de l'article 108 n'a pas donné une définition claire. Pourtant, lorsque on étudie l'ensemble de l'article 108, il n'est pas difficile de déterminer les contours de ses caractères : l'intérêt doit être positif et concret, juridique ou légitime, né et actuel, personnel et direct. C'est aussi l'exigence en droit français⁵²⁴.

2) Les actes non juridictionnels ayant trait à la solution du litige

⁵²⁴ Gérard COUCHEZ, *Procédure civile*, 15^e édition Sirey, 2008, pp.159-161.

398. Les actes acceptables résultent d'une part de l'accord des parties, d'autre part émanent des juridictions étrangères.

En ce qui concerne le régime juridique des actes résultant de l'accord des parties, à la différence de l'inapplication de la médiation dans le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs⁵²⁵, le juge civil est habilité à procéder à une médiation dans la procédure civile et à régler l'affaire civile sous forme d'acte de médiation ('裁决书', 'caijueshu'). En effet, selon la tradition judiciaire chinoise, chaque fois qu'un différend surgit, qu'il soit civil ou pénal, le juge se soucie *«beaucoup plus de restaurer effectivement l'harmonie sociale que de donner tort ou raison dans l'abstrait.»*⁵²⁶

Tout au long de la procédure civile, que ce soit au cours de première instance ou de deuxième instance (art.9 et 155), avant que le jugement définitif soit rendu par le juge celui-ci est habilité à introduire une médiation sur l'accord des parties. L'acte judiciaire non juridictionnel ('调解书', 'tiaojie shu') tire son autorité de la seule volonté des parties à l'accord, à tel point que le contrat judiciaire ne se forme qu'autant que les deux parties s'obligent dans les mêmes termes et que leur engagement réciproque est constaté par le juge et qu'après la signature des parties (art. 89). La décision du juge ne confère pas plus de droits aux parties qu'il n'en résulte de leur convention. Ces actes n'ont pas autorité de chose jugée et relèvent du régime des conventions, notamment en ce qui concerne les voies de recours. La condition substantielle d'une médiation sous le contrôle du juge est que le fait soit clair et que le rapport juridique entre les parties soit simple. Le juge ne fait que constater l'accord, l'authentifier et enregistrer la volonté des parties, sans faire œuvre de volonté propre. C'est pourquoi, ces 'jugements' ou 'ordonnances' ne sont pas des décisions judiciaires mais des actes judiciaires non juridictionnels qui ne sont donc pas susceptibles d'appel.

Cependant, après l'entérinement de l'accord des parties sur médiation, si les parties ont trouvé de nouvelles preuves qui sont susceptibles de renverser l'acte judiciaire non juridictionnel, ou de prouver une violation de la loi par le contenu de l'accord, le tribunal auteur de l'acte judiciaire non juridictionnel doit rejurer l'affaire (art.182).

⁵²⁵ L'article 50 de la Loi sur le Contentieux administratif de 1989.

⁵²⁶ ZHANG Li, *op.cip.* p.19.

399. S'agissant des actes émanant des juridictions étrangères, en vertu des articles 260-267 de la Loi sur la Procédure civile et les articles 318-320 des Avis de la Cour populaire suprême relatifs à l'Application de Loi sur la Procédure civile de 2007, lorsque les organes judiciaires étrangers demandent au tribunal populaire la reconnaissance et l'exécution de ses actes judiciaires accomplis, le tribunal populaire compétent va le faire par un jugement en reconnaissance ou en exécution ('判决执行书', 'panjue zhixing shu') sous réserve que les conditions suivantes soient remplies :

- soit il existe des traités internationaux ou accords bilatéraux ou multilatéraux à l'égard de l'entraide judiciaire entre la Chine et le pays demandeur, soit selon le principe d'avantage réciproque s'il n'y a pas de traité en espèce, soit sur la demande directe de la partie étrangère pour tenter un procès ;
- la demande de l'entraide judiciaire d'un organe judiciaire étranger ne doit pas contrevenir ni à la souveraineté, ni à la sécurité publique, ni à l'intérêt public de l'Etat chinois ;
- la demande de l'entraide judiciaire d'un pays étranger doit être écrite et annexée par la copie en version chinoise ou en version d'une autre langue officielle du traité visé ;
- le juge saisi d'une demande de l'entraide judiciaire d'un pays étranger doit obligatoirement appliquer le droit chinois de la procédure ;
- la demande de l'entraide judiciaire doit s'adresser au tribunal populaire intermédiaire compétent.

3) L'exécution provisoire

400. Le régime de l'exécution provisoire dans l'action civile en droit chinois consiste en deux volets : les mesures conservatoires et l'exécution préalable et provisoire. Puisque l'exécution préalable et provisoire, ressemblant aux mesures provisoires en droit français qui porte particulièrement sur des affaires de mariage et de famille dans le cas de contestation d'une pension alimentaire, la présente petite analyse ne se borne qu'aux mesures conservatoires :

«L'acte conservatoire réserve l'avenir, plus précisément il réserve la possibilité pratique d'exécuter le jugement. En bien des cas, l'utilité en apparaît évidente. A quoi bon demander la restitution d'une chose, si son possesseur a le temps d'en disposer ou de la détruire avant l'exécution du jugement ? A quoi servirait de

demander au juge la condamnation d'un débiteur, qui aurait tout loisir pendant l'instance, d'organiser son insolvabilité.»⁵²⁷

En vertu de l'article 92 de la Loi sur la Procédure civile, au cas où les comportements d'une partie ou d'autres raisons sont susceptibles de causer la difficulté de l'exécution ou l'inexécution du jugement, sur la demande de l'autre partie, le tribunal saisi doit rendre une ordonnance de mesure conservatoire. En cas nécessité, le tribunal est habilité à prendre les mesures conservatoires à sa propre initiative, sans que l'autre partie le demande. L'alinéa 2 du même article confère au tribunal saisi le droit de sommer la partie demanderesse de mettre un garant à disposition lors de sa demande. Après avoir accepté la demande des mesures conservatoires, le tribunal saisi doit rendre son ordonnance dans 48 heures en cas d'urgence. L'ordonnance des mesures conservatoires a effet immédiat d'exécution dès qu'elle est rendue.

Si l'article 92 est une disposition sur la demande des mesures conservatoires au cours de la procédure, l'article 93 a autorisé les parties potentielles à déposer une demande de mesure conservatoire au juge civil même avant l'ouverture d'une action. En contrepartie de son droit de demande avant l'action, elle doit tenter une action contre son adversaire dans un délai de 15 jours, 30 jours pour la partie étrangère dans l'affaire d'élément étranger (art.250) après la prise des mesures conservatoires par le même tribunal. A défaut de l'action intentée dans ce délai, les mesures conservatoires doivent être levées.

Ces mesures conservatoires sont toutes dirigées contre un adversaire, déjà appelé en justice ou qui ne tardera point à l'être. Mais elles ne se résoudreont peut-être pour lui qu'en une gêne passagère et ses droits ne pourront être affectés que par la solution définitive. S'il propose un garant contre les mesures conservatoires, celles-ci doivent être supprimées (art.95).

Si la demande de mesure conservatoire mal fondée porte préjudice à l'intérêt de l'autre partie, la partie demanderesse doit réparer le dommage qu'a subi l'autre partie (art.252).

Sont diverses les formes de mesures conservatoires disposées par l'article 94 de ladite loi : l'apposition des scellés, la saisie, le gel et d'autres façons prévues par la loi. Une saisie autorisée par le juge, saisie conservatoire qui peut porter sur les biens

⁵²⁷ Gérard CORNU, Jean FOYER, *Procédure civile*, 3^e édition, PUF, 1996, pp.142-143.

mobiliers, corporels ou incorporels du débiteur. L'objet ou le droit saisi, placé sous main de justice, devient indisponible relativement au saisissant.

Les pratiques, confirmées par les Avis de la Cour populaire suprême relatifs à l'application de la Loi sur la Procédure civile distinguent trois séries de cas : 1) dans la première, le juge a le pouvoir, lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, d'accorder une provision au créancier d'une somme d'argent équivalant au montant de la demande de mesure conservatoire ou d'ordonner l'exécution de l'obligation de faire (art.98) ; 2) dans la seconde série, la condition d'urgence est exigée, le juge est en mesure d'ordonner aux parties de mettre à la vente immédiate des produits saisonniers, aquatiques frais et ceux qui ne peuvent pas être conservés longtemps. La somme d'argent résultant de la vente est au séquestre judiciaire (art.99) ; 3) dans la troisième série de cas, le juge peut prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent, par exemple, la saisie de documents portant atteinte à l'honneur ou la saisie des biens immobiliers et des biens mobiliers spécifiques comme les véhicules (automobile ou bateaux) (art.101), ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite, par exemple, des mesures destinées à faire cesser une concurrence déloyale.

4) L'administration judiciaire de la preuve

401. Dans le système procédural des Tribunaux populaires, tout tourne autour de la preuve. «*La preuve est la démonstration de la vérité d'un fait qui est affirmé dans une instance par l'une des parties et qui est nié par l'autre*»⁵²⁸. Dans la réforme juridique, l'administration de la preuve, étant un goulet d'étranglement de l'efficacité et l'égalité de la juridiction, s'est trouvé plusieurs fois l'objet de la réforme⁵²⁹. Progressivement, l'administration de la preuve prend un caractère de plus en plus scientifique. Dans la législation chinoise, la théorie des preuves a été incorporée dans la Loi sur la Procédure civile et dans deux explications judiciaires de la Cour populaire suprême, à savoir «Avis relatifs à l'application de la Loi de Procédure civile de la Chine» du 14 juillet 1992, modifiés en 2007, et «Règles relatives à

⁵²⁸ Serge Guinchard, Frédérique Ferrand, Cécile Chainais, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, 29^e édition Dalloz, p.927.

⁵²⁹ D'abord, dans le Programme quinquennaire de la réforme au sein des tribunaux populaires rédigé par la Cour populaire suprême de 1998, ensuite devenu un des 22 sujets importants de recherche en 2000, puis un des 5 programmes de réforme en 2001.

l'administration de la preuve dans la procédure civile» en date du 21 décembre 2001, entrées en vigueur le 1^{er} avril 2002.

a. La charge de la preuve : En vertu de l'article 64 de la Loi sur la Procédure civile et de l'article 2 des «Règles relatives à l'administration de la preuve dans la procédure civile», il incombe à chaque partie de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention. Dans un procès porté devant une juridiction civile au sens large, les pièces et documents fournis par les plaideurs constituent un élément important de la preuve de leurs prétentions. Cependant, en droit chinois, il existe une exception à propos de l'obligation de la charge de la preuve, à savoir le «principe du renversement de la charge de la preuve⁵³⁰. Selon celui-ci, en cas d'action en dommages-intérêts, dans les affaires de brevet d'un nouveau produit, de travaux extrêmement dangereux, de pollution environnementale, de produits avec vice caché, etc., ce sont les auteurs des pratiques attaquées qui ont l'obligation de fournir la preuve de l'inexistence du lien entre leurs comportements et les dommages subis par les plaideurs.

b. Les moyens de preuve : Au terme de l'article 64 de la Loi sur la Procédure civile de 1991, les moyens de preuve consistent en la preuve littérale, y compris les documents et les pièces écrites, les pièces à conviction, les exposés oraux à l'audience par chaque partie, le témoignage d'un témoin, l'enregistrement d'image ou de parole, l'expertise médico-légale, le procès-verbal signé par la partie interrogée, etc. En effet, tous les moyens de preuve sont très largement admis, pourvu qu'ils aient été obtenus conformément aux règles d'une bonne administration de la justice. Le tribunal exclura donc les moyens de preuve obtenus à la suite d'une violation des droits de l'homme. Par exemple, l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, ou d'images, effectué et conservé à l'insu de l'auteur est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue. Partant, toutes ces preuves doivent être vérifiées comme authentiques pour être recevables dans la procédure.

c. Le pouvoir du juge civil à l'égard de la preuve : En vertu des articles 64 et 65 de la Loi sur la Procédure civile de 1991, et de leur explication judiciaire dans les articles 15 et 17 des «Règles relatives à l'administration de la preuve dans la procédure civile», le tribunal saisi a le pouvoir d'enquêter sur l'affaire déférée et de recueillir les preuves pertinentes. L'enquête pour recueillir les preuves pertinentes est

⁵³⁰ *Supra*. n° 376.

menée soit en vertu du pouvoir d'office du président soit à la demande des parties ou de leurs avoués. Le pouvoir d'office de recueillir les preuves repose sur deux cas spéciaux : le premier cas est celui qui apparaît lorsque l'affaire contient le fait qui est susceptible de porter préjudice à l'intérêt étatique, à l'intérêt public et à celui d'autrui ; le deuxième cas est celui de l'incidence procédurale concernant la récusation du personnel judiciaire, la suspension du procès, l'ajout d'office d'autres personnes comme partie de l'action, etc. Le pouvoir du juge de recueillir les preuves à la demande des parties et leurs avoués sera exercé dans les cas suivants :

- la preuve demandée est afférente à la garde et à l'administration des organes d'Etat, et ne peut être consultée que par le tribunal ;
- la preuve demandée contient les faits concernant le secret de l'Etat, du commerce ou de la vie privé ;
- d'autres raisons objectives sont que les parties et leurs avoués ne peuvent pas recueillir les preuves pertinentes par leurs propres moyens.

d. Le temps utile pour fournir les preuves : Pour éviter la prorogation délibérée par les parties d'un procès en ne fournissant les preuves que dans la procédure d'appel ou même lors de la révision du jugement, une des réformes judiciaires est de conférer au juge le pouvoir de fixer, au besoin à peine d'astreinte, le délai de la communication des pièces. Comme en droit procédural français, le juge chinois peut aussi écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile.⁵³¹

5) Conditions de l'appel

402. Le législateur chinois a consacré formellement un droit d'appel dans les articles 146 à 159 de la Loi sur la Procédure civile et ses interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême qui recouvre les conditions de fond de recevabilité de l'appel, les conditions de forme de l'acte d'appel, les conditions de délai et le moment de l'appel.

En principe, tout jugement est susceptible d'appel. L'appel étant voie de recours ordinaire doit être largement ouvert contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé. En revanche, les mesures d'administration judiciaire, qui ne sont pas des jugements, ne sont susceptibles d'aucun recours, de même, les décisions sous le nom d'«ordonnance» concernant les mesures conservatoires, la permission ou le refus de retirer le procès, la suspension ou la mise en terme au

⁵³¹ L'article 33 des «Règles relatives à l'administration de la preuve dans la procédure civile» de 2001.

procès, la correction des erreurs écrits dans l'acte de jugement, etc., ne constituent pas de véritables jugements et ne sont pas susceptibles d'appel (art.140).

Si l'on envisage les délais de procédure en fonction de leur rôle, il y a lieu de distinguer deux grandes catégories. Cette distinction a des conséquences importantes sur le plan de la sanction de l'inobservation des délais de procédure.

Une première catégorie comprend les délais qui sont destinés à permettre une accélération (ou à limiter la durée) de la procédure. On a pu parler à cet égard de délais de «trancher» car ils imposent aux juges d'agir, c'est-à-dire, d'accomplir leur mission de rendre la justice aux parties. En droit chinois, le délai pour les tribunaux populaires de trancher une affaire en procédure ordinaire est de 6 mois, autrement dit, le juge doit mettre fin à une action civile par le prononcé d'un jugement ou d'une ordonnance dans les six mois, exception faite du cas exceptionnel de prolongation de 6 mois supplémentaires sous l'homologation du président du tribunal. (art.135).

Dans une seconde catégorie, figurent les délais qui tendent à assurer la protection des droits de la défense. L'article 147 et 154 de la Loi sur la Procédure civile, prévoit deux régimes : le délai de recours par une voie ordinaire est de 15 jours en matière contentieuse ; il est de 10 jours en matière gracieuse. La Loi précitée prévoit des augmentations de délai pour un appelant situé hors du territoire chinois, d'un mois à compter du lendemain du dernier jour d'un délai de 60 jours après la publication du jugement ayant des éléments étrangers.⁵³²

Quant au moment de l'appel, pour les jugements statuant sur le fond, mais aussi toutes les ordonnances qui mettent fin à l'instance en statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou non compétence et de rejet, l'appelant peut interjeter appel dès le prononcé d'un jugement. A propos du point de départ du délai, le délai court du jour de la notification faite par signification. Les parties de première instance ne peuvent plus interjeter appel s'ils ont renoncé à ce droit, soit expressément, soit tacitement, en exécutant le jugement. Bien entendu, ils ne peuvent plus faire appel, si le délai d'appel est expiré. Le juge doit relever d'office cette fin de non-recevoir d'ordre public que constitue l'inobservation du délai d'appel.

2. Règles procédurales du contentieux administratif

403. Dans l'application administrative de la Loi antinomopoles de Chine, il est inévitable que soient soulevées les contestations des administrés, c'est-à-dire que les

⁵³² L'article 247 et 248 de la Loi sur la Procédure civile de 1991.

auteurs économiques de l'infraction aux règles de concurrence ou les entreprises visées dans les pratiques monopolistiques contestent les décisions affirmatives, punitives ou correctives des autorités compétentes antimonopolistiques. Pour que les administrés puissent faire valoir leur droit de défense, le législateur chinois a déjà mis en place en 1989 le système du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du contentieux administratif. Cet instrument judiciaire peut non seulement aider à résoudre les conflits entre les parties, à savoir l'administration et les administrés, mais encore garantir la légalité des actes administratifs⁵³³. En ce qui concerne l'application administrative du droit de la concurrence, il est donc permis d'envisager un croquis sur la procédure du contentieux administratif en Chine.

1) Les sources du droit de procédure administrative

404. Le système actuel du contentieux administratif est essentiellement issu de la Loi sur le Contentieux administratif du 4 avril 1989, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1990, *«le fruit d'une longue expérimentation pragmatique caractérisée par l'application des dispositions de la procédure civile par des juges qui n'étaient pas toujours spécialisés dans les affaires administratives»*⁵³⁴. Comme la plupart des lois chinoises, la Loi sur le Contentieux administratif de 1989 reste succincte et insuffisante pour répondre à toutes les attentes des praticiens. C'est alors que quelques actes d'interprétation judiciaire de la Cour populaire suprême jouent un rôle complémentaire de manière très importante dans le contentieux administratif. Ils sont les «Avis relatifs à l'application de la loi sur le contentieux administratif» adoptés à titre d'essai le 29 mai 1991, puis remplacés à partir du 10 mai 2000 par une autre interprétation judiciaire qui est les «Interprétations relatives à l'application de la loi sur le contentieux administratif» du 24 novembre 1999 et les «Règles sur la preuve en contentieux administratif» du 4 juin 2002. Ces textes interprétatifs ont apporté non seulement des précisions concernant les régimes communs d'administration de la

⁵³³ Aux termes de l'article 1^{er} de la Loi sur le Contentieux administratif de 1989, *«la présente loi est élaborée en vertu de la Constitution afin de permettre aux tribunaux populaires de juger les conflits administratifs à temps et correctement ; de protéger les droits et intérêts des citoyens, des personnes morales et d'autres groupements ; de garantir et contrôler que les organes administratifs exercent leur fonction dans le respect de la loi.»*

⁵³⁴ Zhang Li, *Le Contrôle Juridictionnel de la Légalité des Actes Administratifs en Chine-éléments d'analyse comparée des contentieux administratifs chinois et français*, Thèse pour le Doctorat en Droit, soutenue le 16 février 2007.p.11. Stock à Bibliothèque Cujas.

preuve, du principe de la contradiction, mais aussi ses traits spécifiques, tels le libre choix du recours administratif⁵³⁵ et le caractère non suspensif des recours contentieux.

A la différence de la France où existent, aux côtés des juridictions judiciaires, des juridictions administratives autonomes, en Chine, une chambre administrative chargée de trancher les litiges administratifs est créée au sein des tribunaux populaires de tous niveaux.⁵³⁶ En matière administrative, le principe de compétence est similaire à celle en matières civile et pénale. Cependant, selon la « Circulaire relative à la mise en étude et application de manière sérieuse de la Loi antimonopole de République populaire de Chine » de la Cour populaire suprême, le contentieux administratif antimonopolistique doit être porté en premier ressort devant les tribunaux intermédiaires. Les tribunaux supérieurs, ainsi que la Cour suprême, peuvent être compétents en première instance pour les litiges importants ou complexes dans leur ressort territorial.

2) Le champ du contrôle juridictionnel des actes administratifs

405. En général, particulièrement dans les pays occidentaux, tous les actes administratifs unilatéraux, réglementaires ou non, externes ou internes, peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Cependant, en droit chinois où n'existe pas la notion de « décision administrative », le législateur chinois fait une distinction entre « acte administratif concret (‘具体行政行为’, ‘*juti xingzheng xingwei*’) » et « acte administratif abstrait (‘抽象行政行为’, ‘*chouxiang xingzheng xingwei*’) ». En droit positif, le premier concept désigne une décision qui vise une ou plusieurs personnes désignées, tandis que le second, désigne un acte administratif unilatéral de caractère normatif à portée générale et impersonnelle. Le champ du contrôle juridictionnel des actes administratifs en Chine se borne effectivement aux « *actes administratifs concrets* » qui sont définis par l'article 1^{er} des « Explications relatives à l'application de la loi sur le contentieux administratif » de 1999, comme « *un acte unilatéral*

⁵³⁵ Comme en droit français, le législateur chinois permet aux administrés de s'adresser d'emblée au tribunal sans l'obligation préalable d'épuiser tous les moyens non contentieux mis à leur disposition, sauf quelques cas prévus par la loi (tels que les sanctions en matière de sécurité publique). Les administrés disposent du libre choix de la voie du recours, contentieux ou administratif.

⁵³⁶ En effet, la loi sur le contentieux administratif du 4 avril 1989 n'ayant pas indiqué si les juridictions spécialisées seraient compétentes pour trancher les litiges administratifs, la Cour suprême est amenée à préciser dans l'article 9 de ses « Avis relatifs à l'application de la loi sur le contentieux administratif » du 11 juin 1991 que ces juridictions ne disposent pas de chambre administrative et ne connaissent pas de litiges administratifs. Elle est allée plus loin en prévoyant, en 1999, dans ses « Explications relatives à l'application de la loi sur le contentieux administratifs » que « la chambre administrative de chaque tribunal populaire connaît des litiges administratifs et se prononce sur la demande d'exécution des actes administratifs concrets adressée par

affectant les droits et obligations des administrés pris dans l'exercice des compétences administratives par les organes administratifs et leurs agents, les organismes habilités par les lois et règlements, et enfin les organismes et particuliers délégués à l'égard des administrés identifiés dans des matières concrètes déterminées».

Par suite, les articles 11 et 12 constituent deux listes indicatives et non exhaustives sur les actes administratifs concrets soumis au contrôle judiciaire et les actes administratifs réglementaires abstraits exclus du contrôle judiciaire. Susceptibles d'être l'objet du contrôle judiciaire par la voie d'un recours en annulation, les huit catégories des «*actes administratifs concrets*» énumérés dans l'article 11 de la Loi sur le Contentieux administratif⁵³⁷ peuvent être classées dans trois grands groupes : les actes d'autorisation administrative⁵³⁸, les actes de sanction administrative et les mesures administratives de coercition. Cependant, en matière de concurrence, il n'y a que ces deux dernières catégories d'actes, à savoir, celles de sanction pécuniaire et de coercition qui peuvent être l'objet du contentieux administratif, tandis que les requêtes concernant les règlements et arrêtés administratifs et les décisions ou ordres réglementaires des autorités compétentes antimonopolistiques sont irrecevables en contentieux administratif.

3) Le caractère non suspensif des recours contentieux

406. En droit chinois, à l'exception des dispositions législatives spéciales, les requêtes du contentieux administratif n'ont pas d'effet suspensif. Cela veut dire que, le recours introduit devant le juge par les auteurs visés des pratiques anticoncurrentielles ne paralyse pas, en principe, l'exécution des décisions administratives par les autorités compétentes antimonopolistiques. Que le recours devant la Juridiction compétente contre une décision de l'autorité de la concurrence

l'administration. Les juridictions spécialisées et les tribunaux itinérants ne sont compétents ni pour connaître des litiges administratifs ni pour examiner la demande d'exécution des actes administratifs concrets. » (art. 6).

⁵³⁷ Qui sont les sanctions administratives concernant la détention, l'amende, le retrait d'autorisation ou de licence, la sommation d'arrêter la production ou la prestation, la confiscation, etc. ; les mesures administratives de coercition concernant la restriction de la liberté physique, la saisie ou le gel des crédits, etc.; les atteintes à l'autonomie de l'activité économique et à la liberté d'entreprise garantie par la loi; les refus d'accorder une autorisation ou une licence, ou le fait de ne pas donner suite à la demande qui selon le requérant, a rempli les conditions fixées par la loi ; les refus ou les réticences à remplir son obligation de protéger les droits extrapatrimoniaux ou patrimoniaux garantis par la loi, alors que la demande en est faite ; les demandes illégales aux administrés de remplir une obligation et autres actes administratifs concrets portant atteinte aux droits extrapatrimoniaux ou patrimoniaux, selon l'administré.

⁵³⁸ Qui est régi par la Loi sur l'autorisation administrative du 27 août 2003, qui est entrée en vigueur le 1er juillet 2004 : composée de 83 articles regroupés en huit chapitres, la loi sur l'autorisation administrative a déterminé des règles de droit substantielles et procédurales tant pour l'institution que pour la délivrance des

n'a pas d'effet suspensif est devenu déjà un principe commun dans le domaine de la concurrence. En contrepartie, les parties peuvent, sous certaines conditions, obtenir un sursis à l'exécution de la décision de l'autorité de la concurrence. En France, cette possibilité de faire surseoir à l'exécution d'une décision du Conseil de la concurrence a été introduite dans les articles L.464-8 et L.464-7 du Code de commerce tant pour des décisions au fond que pour des mesures conservatoires. Pourtant cela fait défaut dans la Loi antimonopole de 2007, et dans la Loi sur le Contentieux administratif de 1989 de Chine.

407. L'effet non suspensif des recours contentieux sera effacé dans trois cas⁵³⁹ :

D'abord, au cas où une demande de sursis à exécution est formulée volontairement par l'autorité administrative attaquée au procès, l'effet non suspensif n'existe plus.

Ensuite, il en est de même si le tribunal, aux termes d'une ordonnance rendue sur demande du requérant, estime que l'exécution de l'acte attaqué causerait des dégâts irréparables et que la non-exécution ne nuira pas à l'intérêt général.

Pourtant, dans le domaine de la concurrence, les autorités d'application sont habilitées d'office d'une compétence hautement indépendante et quasi-judiciaire. La possibilité d'intervention d'office du tribunal dans l'exécution ou les mesures conservatoires de l'autorité compétente de la concurrence sur la demande de l'administré (entreprise attaquée à l'égard des pratiques restrictives de la concurrence), risque d'affaiblir l'indépendance et l'autorité de l'administration compétente de la concurrence. Or, une entreprise a le droit de se défendre face à l'excès du pouvoir public. Cela demande un équilibre législatif entre la décision administrative et le contrôle judiciaire à l'égard de l'effet suspensif à la demande de l'administré et une haute capacité professionnelle du juge spécialisé dans le domaine de la concurrence.

Le troisième cas énuméré dans l'article 44 indiquant la non-exécution d'autres cas spéciaux autorisés par la loi ou le règlement éventuel, est en effet une valve de réglage législative qui sera employée à tout moment, lorsque l'actualité économique exige une nouvelle loi ou un nouveau règlement administratif pour y répondre.

4) Les différents types de jugement sur litige administratif et les délais

autorisations administratives. Pour mettre fin à l'institution arbitraire des autorisations, le législateur a établi dans cette loi une liste englobant six domaines dans lesquels l'autorisation peut être mise en place.

⁵³⁹ L'article 44 de la Loi sur le Contentieux administratif de 1989.

408. Au terme de l'article 54 de la Loi sur le Contentieux administratif, la chambre administrative de la Juridiction compétente saisie peut prononcer quatre types de jugement.

Le premier type est le jugement en maintenance. Lorsque l'acte administratif concret est fondé sur des preuves solides, que l'application de la loi et du règlement est correcte et que la procédure légale a été respectée, le juge doit rendre son jugement de maintenir la décision administrative.

Le deuxième type est le jugement en annulation totale et annulation en partie. Lorsque l'acte administratif concret présente l'un des défauts ci-après énoncés, il sera annulé en tout ou en partie, et les tribunaux peuvent exiger que l'administration défenderesse en prenne un nouveau : insuffisance des preuves décisive; erreur d'application de la loi ou du règlement ; violation de la procédure; excès de compétence; abus de pouvoir.

S'agissant des parties en cause, l'article 25 de la Loi sur le Contentieux administratif dispose que dans le litige administratif, la personne physique ou morale, ou d'autres organisations qui déposent la requête devant le tribunal compétent sont requérants, en contrepartie, l'administration auteur de la décision administrative mise en cause est défendeur. Quant aux conditions d'être requérant⁵⁴⁰, elles sont les suivantes :

- soit ses droits et intérêts légitimes sont affectés par l'acte administratif concret ou par le jugement en annulation et en réformation ;
- soit son droit voisin ou droit de se concurrencer loyalement est affecté par l'acte administratif concret ;
- soit il est la tierce personne dont les droits et intérêts sont affectés par l'acte administratif concret et ajouté dans la procédure du recours administratif ;
- soit il demande la poursuite judiciaire de la responsabilité à l'auteur de l'infraction ;

Comparativement, en droit européen, l'article 230 du Traité de Rome constitue le fondement juridique de la compétence de la Cour européenne de Justice de recevoir les recours en annulation d'actes de la Commission. Il est notamment applicable aux décisions de la Commission en matière d'aides d'Etat, de pratiques anticoncurrentielles et de contrôle de la concentration. La Cour de justice peut

prononcer l'annulation d'une décision pour incompétence, violation de formes substantielles, violation de règles du Traité ou de ses textes d'application ainsi que des principes généraux du droit communautaire ou, enfin, pour détournement de pouvoir. A ce stade, il n'y a alors pas beaucoup de différence entre la Chine et l'Europe.

Cependant, la différence est apparue lorsque l'article 225 du Traité limite en tout cas le pourvoi devant la Cour aux «questions de droit» à l'exclusion de l'appréciation des faits, seul le Tribunal de première instance étant compétent pour constater et apprécier les faits. Dans le système de contentieux judiciaire de la Chine, la distinction du pouvoir de voir la question de droit et la question des faits par les juges n'est pas reconnue. D'ailleurs, en droit européen, les recours peuvent être formés par le Conseil, par un Etat membre, sans qu'il y ait à faire valoir un intérêt légitime, ou plus exceptionnellement, par des personnes physiques ou morales. Dans ce dernier cas, les requérants doivent soit être les destinataires de la décision attaquée, soit individuellement concernés au sens de l'article 230 du Traité. S'agissant de tiers, est recevable le recours d'une personne directement et individuellement concernée par une décision adressée à une autre personne ou par une décision prise sous l'apparence d'un règlement.

Le troisième type est celui de la carence. Lorsque l'administration défenderesse ne remplit pas son devoir ou le remplit avec retard, un délai d'exécution lui sera imposé par le juge administratif. Le refus d'exercer un devoir légal ou l'inertie face à la demande des administrés de protéger leur droits et intérêt constitue un domaine particulier du contentieux administratif. Les compétences attribuées aux organes administratifs sont aussi, pour eux, autant de devoirs. Les organes administratifs ont le devoir de protéger les droits extrapatrimoniaux ou patrimoniaux des administrés au cours de l'exercice de leur fonction. Par exemple, chargé de la police des marchés et du commerce de bonne foi, le BRMCD de l'AIC, a l'obligation de protéger les titulaires de marques contre les contrefaçons, et les consommateurs contre les produits falsifiés ou de mauvaise qualité, de maintenir la concurrence loyale sur le marché. Lorsqu'une demande visant la protection de droits extrapatrimoniaux et patrimoniaux leur est adressée, les autorités administratives compétentes ont l'obligation de donner suite à cette demande. Toute inertie ou décision de refus sans

⁵⁴⁰Les articles 12 et 13 des «Explications relatives à l'application de la loi sur le Contentieux administratif» de

fondement est sanctionnée par le juge administratif. En vertu de l'article 39 des «Explications relatives à l'application de la loi sur le contentieux administratif» de la Cour populaire suprême de 1999, si les administrations ont été préalablement invitées à agir et ne l'ont pas fait dans un délai de 60 jours, le recours en carence peut alors être exercé par les personnes physiques ou morales ou d'autres organisations aux tribunaux populaires compétents.

En l'espèce, le système européen a la même règle. Sur le fondement de l'article 232 du Traité, lorsque la Commission oppose une inertie excessive à des demandes d'instruction d'une plainte, et lorsque la Commission s'abstient de statuer ou manque à adresser une décision aux autorités ou personnes physiques ou morales, alors qu'il y a violation du Traité, ces dernières peuvent exercer un recours en carence⁵⁴¹.

Le quatrième type est celui de la réformation. Cependant, le pouvoir de réformer du juge administratif est strictement limité aux sanctions manifestement injustes.

En ce qui concerne les délais, pour le requérant, l'article 39 de la Loi sur le Contentieux administratif de 1989 dispose que les citoyens, les personnes morales et d'autres organisations sociale doivent déposer leur requêtes dans un délai de 3 mois à compter du jour où ils ont pris connaissance de l'acte administratif concret, sauf s'il en est autrement disposé par la loi. Pour les tribunaux compétents, ils doivent rendre leurs jugements de première instance dans un délai de 3 mois. En appel, le jugement définitif doit être rendu dans un délai de 2 mois. Dans un cas exceptionnel, la cour à l'échelon supérieur peut autoriser une prolongation (art.57 et 59). Quant aux délais d'appel, un délai de 15 jours est à la disposition des parties qui ne sont pas d'accord avec le jugement, 10 jours pour le désaccord avec l'ordonnance incidente à partir de la réception signée ou notification publique dudit jugement ou de ladite ordonnance (art.58).

5) Recours administratif

409. La Loi sur le recours administratif du 29 avril 1999 laisse l'administré faire le choix entre un recours administratif et un recours contentieux contre un acte administratif concret (art.5). L'administré peut déposer un recours administratif soit auprès de l'organe auteur de l'acte administratif concret, soit auprès de l'organe supérieur. Cependant, dans le domaine du droit de la concurrence, à l'encontre de la

1999.

⁵⁴¹Alain GUEGJ, *Pratique du droit de la concurrence national et communautaire*, lexisNexis SA. Litec.2006, p.11,12.

décision d'interdiction d'une concentration ou d'autorisation d'une concentration, sous réserve du respect des certaines conditions prises par les autorités compétentes antimonopolistiques, l'administré doit d'abord choisir le recours administratif.⁵⁴² Si, en vertu de l'article 19 de la Loi sur le recours administratif de 1999, l'organe saisi du recours administratif prend la décision de non-recevabilité, ou si l'organe, étant préalablement saisi du recours administratif, ne donne pas suite dans un délai de 15 jours, l'administré peut intenter le recours judiciaire auprès du tribunal compétent. En matière de concentration, ce délai sera peut-être prolongé à l'avenir.

Toutes les décisions prises à l'issue d'un recours administratif sont susceptibles du contrôle judiciaire, sauf la décision du Conseil des Affaires d'Etat, autrement dit, la décision du CAE à l'issue d'un recours administratif est définitive (art.14). En général, lorsque les administrés considèrent que des actes administratifs concrets pris par les ministres du CAE ou par les gouvernements provinciaux portent atteinte à leurs droits et intérêts, ils peuvent d'abord former un recours gracieux devant l'organe auteur de ces actes. S'ils sont toujours insatisfaits du résultat de ce recours, les administrés peuvent opter entre deux voies de recours, soit saisir les tribunaux populaires soit solliciter le CAE de prendre une autre décision de caractère définitif.

En principe, les administrés doivent former un recours administratif dans le délai de 60 jours à compter du jour de la notification d'une décision administrative. Mais, il y a des dérogations prévues par la loi ou dues à la force majeure (art.9). Et l'organe saisi du recours administratif doit prendre sa décision dans un délai de 60 jours ; lors de l'impossibilité du règlement du litige dans ce délai, dû à sa complexité, ce délai peut être prolongé au maximum de 30 jours avec l'autorisation du président de l'organe saisi (art.31). Cependant, si l'organe trouve que l'acte administratif concret attaqué n'a pas le fondement juridique et que lui-même est en pleine compétence après avoir examiné cet acte, il a 30 jours pour réformer la décision attaquée. Dans le cas du défaut de compétence, il doit renvoyer l'affaire à l'organe compétent dans les 7 jours (art.27).

Section 2 Les modalités du contrôle

410. Puisque dans tous les systèmes juridiques modernes, l'autorité régulatrice, y compris l'autorité spécialisée de la concurrence est soumise au contrôle

⁵⁴² L'article 53 de la Loi antimonopole.

juridictionnel, la juridiction ayant toujours le dernier mot dans l'action civile, pénale et administrative, il est indispensable pour la juridiction de disposer des instruments judiciaires afin de rétablir l'ordre public, de protéger les droits et intérêts légitimes des citoyens en poursuivant le responsable des dommages causés pour lui imputer la responsabilité qui lui est propre. C'est ainsi que le droit de la responsabilité constitue la modalité du contrôle judiciaire de la mise en œuvre de la loi «*La responsabilité joue toujours un rôle classique de sanction*»⁵⁴³.

Ainsi, dans le domaine du droit de la concurrence, trois responsabilités (civile, pénale et administrative) conduisent à trois modalités du contrôle juridictionnel, à savoir la sanction civile (§1), la sanction pénale (§2) et la sanction administrative (§3) qui exigent une étude respective dans le contexte de la Loi chinoise antimonopole.

§1. Sanctions civiles

411. Du point de vue juridique, la responsabilité peut être définie comme la sanction juridique d'un comportement dommageable. Avec un texte aux termes duquel «*Les entreprises qui ont commis une infraction en participant à des pratiques anticoncurrentielles et causé de ce fait des préjudices engagent leur responsabilité civile conformément à la loi*», l'article 50 de la Loi antimonopole de 2007 constitue un fondement de la sanction civile contre les auteurs des dommages concurrentiels. Avant d'effectuer un examen de la mise en œuvre de la responsabilité civile en droit de la concurrence en Chine (II), s'impose d'abord une étude de la spécialité de la responsabilité civile en droit de la concurrence (I).

I. Nature juridique de la responsabilité civile en droit de la concurrence

412. Compte tenu du fondement du contentieux concurrentiel - le droit commun de la responsabilité civile délictuelle (A), il importe de s'intéresser à la spécialité de la responsabilité civile en droit de la concurrence (B).

A. La responsabilité civile générale

413. Pour spécifique qu'elle soit, la responsabilité civile du contentieux concurrentiel n'en demeure pas moins à la portée du droit commun de la responsabilité civile délictuelle. Depuis sa naissance aux Etats-Unis à la fin du 19^e

⁵⁴³Philippe DELEBECQUE, Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit des obligations, 2. Responsabilité civile, délit et quasi-délit*. LexisNexis Litec, 4^e édition, p.5 et 11.

siècle, le droit antitrust a vu l'efficacité de sa mise en œuvre dans la vie économique par le truchement des doctrines classiques, civiles et pénales. Sans doute le droit de la responsabilité en droit de la concurrence émane-t-il du droit commun des obligations.

1. Le droit des obligations en Chine

414. En Chine, la source du droit des obligations se trouve dans les Principes généraux du Droit civil élaborés en 1986 dont le Titre 6 est consacré à la responsabilité civile, tant au niveau contractuel qu'au niveau délictuel. La responsabilité délictuelle comporte la responsabilité pour faute, la responsabilité du fait d'autrui (la responsabilité des maîtres et commettants, la responsabilité des tuteurs du fait des actes de personnes placées sous leur tutelle) et la responsabilité du fait des choses (la responsabilité du fait de l'ouvrage, la responsabilité des personnes du fait de l'atteinte encourue par les animaux placés sous leur garde, etc.)

Dans une perspective globale, «*en ce qui concerne le fondement et la condition de la responsabilité civile et le lien entre le dommage et la responsabilité, tous les grands systèmes modernes du droit de la concurrence ont hérité du trésor du droit commun des obligations*»⁵⁴⁴. Cependant, le régime des obligations, comme d'autres domaines du droit civil, est imprécis et incomplet en Chine. Il est inéluctable d'envisager une réforme de modernisation⁵⁴⁵.

1) La condition et le fondement de la responsabilité délictuelle

415. A propos des conditions de la responsabilité délictuelle, le titre 6 des Principes généraux du Droit civil de 1986 et son interprétation judiciaire par la Cour populaire suprême de 1988, modifiée en 2007, portent, d'une manière générale, sur la faute ou un fait générateur, le préjudice direct et certain, et le lien de causalité entre la faute et le préjudice.

La faute est le premier fondement de la responsabilité délictuelle. Cette responsabilité uniquement fondée sur la faute est dite subjective car elle s'appuie sur

⁵⁴⁴ CHEN Hongling, LI Wanshou, XING Yanling, «*Les systèmes étrangers de la responsabilité juridique en droit de la concurrence* », in Science Juridique Contemporain, n° 9-2001, p.37

⁵⁴⁵ C'est alors que deux nouvelles lois compléteront le corpus de textes qui constitueront le code civil chinois, dont l'achèvement est prévu pour 2013. Parmi ces deux nouvelles lois éventuelles figure la loi sur la responsabilité civile délictuelle. L'autre est la loi sur les relations civiles étrangères. Ainsi, six ans après la première lecture de la législature nationale en 2002, le projet de loi sur la responsabilité civile délictuelle a été soumis en seconde lecture à l'Assemblée Nationale Populaire (ANP), lors de sa sixième session qui a eu lieu fin décembre 2008. Le Comité législatif de l'ANP a déclaré que ce projet de loi était fondamental pour la protection des droits civils et le droit à réparation. Le texte prévoit l'indemnisation dans presque tous les cas de responsabilité civile délictuelle, y compris les dommages causés par les produits défectueux, les accidents de la circulation, les accidents médicaux, la pollution environnementale, les dommages causés par le biais d'Internet et les dommages provoqués par des animaux tels que les animaux domestiques.

une analyse du comportement de l'auteur du dommage. Le législateur chinois la reconnaît en exprimant dans l'article 106, alinéa 2 des Principes généraux du Droit civil de 1986 que «*Doivent assumer la responsabilité civile toutes personnes physiques et /ou morales qui causent la perte et le dommage patrimoniaux ou extrapatrimoniaux à l'Etat, aux collectivités et à autrui par une faute.*» Donc, toutes les pertes et tous les dommages causés à l'Etat, aux collectivités et aux personnes physique et/ou morale qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou toute autre faute a provoqué ce dommage.

416. Il n'existe pas en Chine le passage transitoire du fondement sur la faute au fondement sur le risque de la responsabilité délictuelle suivant le développement du machinisme, ce qui est le cas de certains pays occidentaux, comme la France. Lorsque la théorie de la faute est apparue insuffisante, a été proposée la théorie du risque dès la fin du XIX^e siècle par Saleilles et Josserand⁵⁴⁶. La Chine l'a emprunté d'emblée dès la publication des Principes généraux du Droit civil de 1986. L'alinéa 3 de article 106 dispose que «*Celui qui agit et cause un dommage par une action même sans faute, pourtant la loi impose une réparation du dommage subi par la victime.*» Cette responsabilité fondée sur le risque est dite en doctrine chinoise «objective» ou «non-faute», car elle ne résulte plus d'une analyse de comportement, mais d'une constatation matérielle: l'existence du dommage rend l'auteur responsable.

Que les fondements de la responsabilité civile en contentieux concurrentiels reposent sur la responsabilité délictuelle du droit commun civil ne soulève aucune controverse. Sur le plan du droit général de la concurrence, sans aucun doute relèvent des fautes civiles ou même pénales les pratiques restrictives en droit de la concurrence déloyale et les pratiques anticoncurrentielles en droit spécifique de la concurrence.

2) La responsabilité civile d'une personne morale et l'imputabilité

417. En droit chinois, une personne morale peut commettre une faute susceptible d'engager sa responsabilité. Cette faute n'enlève rien à la faute des dirigeants, dont la

⁵⁴⁶ R.SALLEILLES, *Le risque professionnel dans le Code civil, Réforme sociale*, 1898 ; L.JOSSERAND, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897.

responsabilité personnelle peut également être engagée.⁵⁴⁷ De plus, les articles 30 et 31 de la loi pénale chinoise consacrent expressément la responsabilité pénale des personnes morales du fait de leurs directeurs, administrateurs, représentants et agents, lorsque leurs actes ont été accomplis au nom des personnes morales ou avec les moyens qu'elles leur procurent.

418. Par parenthèse, le lien de causalité se distingue de l'imputabilité : l'objectif de l'imputabilité en droit commun est de rechercher la personne jugée responsable dans l'accomplissement de l'acte dommageable pour les autres. En droit de la concurrence, l'imputabilité des pratiques implique que l'entreprise qui n'est nullement l'auteur des pratiques incriminées peut se les voir imputer et être sanctionnée. En droit chinois, l'imputabilité de la responsabilité de l'entreprise est née dans les cas suivants :

Succursales : en vertu du texte de l'article 14 de la Loi sur les sociétés du 27 octobre 2005, une distinction de statut est faite entre la succursale et la société filiale. La succursale d'une société n'a pas le statut de personne morale ; avec sa société mère, elles constituent une seule unité économique. En l'occurrence, puisque l'autonomie fait défaut par rapport à la société mère, l'imputabilité se fait au niveau de la société mère. Au contraire, ayant plein le droit d'une personne morale, la société filiale prend sa propre responsabilité civile dans les activités économiques. D'ailleurs, quant aux succursales créées en Chine par les entreprises étrangères, le législateur chinois ne leur a pas accordé le statut de personne morale ; c'est ainsi que leurs sociétés-mères siégeant à l'étranger se voient imputer les infractions commises par leurs succursales en Chine. (L'art.196 de la Loi sur les sociétés de 2005)

La disparition d'une société en raison de fusion : la fusion de plusieurs sociétés fait disparaître celles-ci, c'est la société issue de la fusion, qui a repris les activités économiques des sociétés disparues, qui se voit imputer les pratiques incriminées⁵⁴⁸.

Les dissociations d'une société : conformément à la Loi sur les Sociétés de 2005, si une société est dissociée en deux ou plusieurs nouvelles entités, ces nouvelles sociétés se voient imputer *in solidum* les pratiques antérieures, exception faite dans le cas d'un accord écrit entre elles sur l'imputabilité de la responsabilité avant la dissociation⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ Les articles 58 et 61 des «Avis de la Cour populaire suprême relatifs à l'application des Principes généraux du droit civil de la République populaire de Chine» de 1988.

⁵⁴⁸ L'article 175 de la Loi sur les sociétés du 27 octobre 2005.

⁵⁴⁹ L'article 177 de la Loi sur les sociétés de 2005.

2. L'exigence du lien de causalité et le renversement de la charge de la preuve

419. Selon la doctrine chinoise du droit civil, le lien de causalité est exigé direct lorsque le dommage occasionné se rapporte au fait ou à l'acte de son auteur, et est certain lorsque le dommage trouve vraiment sa source dans l'acte ou le fait de l'auteur. En général, le lien de causalité direct et certain doit être prouvé par la victime, c'est à dire le demandeur au procès en responsabilité. Pourtant, le principe de la charge des preuves par la victime sera mis en cause inévitablement dans le domaine du droit de la concurrence en Chine.

Bien que la jurisprudence du contentieux concurrentiel soit encore rare actuellement, le principe de la protection du faible règne dans la jurisprudence civile, officiellement depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur la protection des droits et intérêts des consommateurs chinois le 1^{er} janvier 1994. Ce principe demande le renversement de la charge de la preuve qui incombe aux contrevenants aux règles, au lieu des consommateurs qui sont les victimes, car les consommateurs sont en position de faiblesse par rapport aux professionnels⁵⁵⁰. Gageons que le renversement de la charge de la preuve s'appliquera dans les contentieux concurrentiels à venir pour au moins deux raisons, l'une pour faciliter la preuve du lien de causalité entre la faute et les dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles ou restrictives de leur auteur, l'autre pour réaliser l'un des objectifs de la Loi antimonopole : la protection des consommateurs.

En définitive, même si la responsabilité civile du contentieux concurrentiel est issue de la responsabilité délictuelle du droit commun des obligations, en tant que ramification vitale du droit commercial qui a son propre caractère⁵⁵¹, le droit de la concurrence affirme son caractère propre sur le régime de la responsabilité civile. *«Car il a dû répondre à certains impératifs spécifiques de la vie des affaires, et plus particulièrement aux besoins des entreprises qui en sont les acteurs.»*⁵⁵²

B. Distinction de la responsabilité du droit de la concurrence de la responsabilité civile générale

420. Cette distinction se traduit sous deux aspects, à savoir l'objet de la protection et la finalité du régime de la responsabilité en contentieux concurrentiel.

⁵⁵⁰ Supra. n° 376, 401, 419.

⁵⁵¹ Son esprit pragmatique, son principe de transparence qui n'exclut cependant pas un certain secret des affaires, la valeur économique de l'efficacité marquent son individualité par rapport au droit civil.

1. La concurrence sur un marché donné fait l'objet de la protection du droit de la responsabilité délictuelle en contentieux concurrentiel

421. La responsabilité juridique est une obligation impérative émanant de l'empiétement sur les droits légitimes d'autrui ou de la transgression de l'obligation légale, son objet de protection étant justement le but de ces droits légitimes et de cette obligation légale. Dans le domaine du droit de la concurrence, les règles portent sur les comportements des acteurs économiques qui restreignent la concurrence sur le marché ou expulsent les concurrents hors du marché. Alors, la concurrence se traduit comme la véritable valeur du droit de la concurrence.

Il en résulte que toutes les responsabilités prescrites dans la loi sur la concurrence sont effectivement la contrepartie des pratiques qui faussent et entravent la concurrence équitable. Elles ont pour but de protéger la concurrence et le droit de se concurrencer entre acteurs économiques.

Autant dire que les droits de se concurrencer ne constituent pas un certain droit civil au sens strict. Ils ont déjà dépassé les bornes traditionnelles du système de la responsabilité en droit civil. Au lieu de s'intéresser aux droits civils particuliers qui n'affectent pas l'intérêt général, ou ont tout au plus une influence par ricochet, le droit de la responsabilité civile en droit de la concurrence prête beaucoup attention aux droits de se concurrencer des acteurs économiques qui ont une répercussion directe sur l'intérêt économique général. De ce fait, il demande à juste titre des modalités différentes de la sanction civile, à savoir, à côté du principe de la réparation intégrale, il appelle des dommages-intérêts punitifs⁵⁵³.

2. La prévention des infractions aux règles de concurrence fait l'objectif du régime de la responsabilité délictuelle en droit de la concurrence

422. La responsabilité délictuelle se définit comme l'obligation de réparer les dommages causés à autrui par le fait générateur, principalement pour faute de l'auteur. Elle exerce classiquement une fonction réparatrice. Cette fonction est comprise dans les objectifs de la responsabilité délictuelle en matière de concurrence.

⁵⁵² Jacques MESTRE, Marie-Eve PANCRAZI, *Droit commercial, Droit interne et aspects de droit international*, 27^e éd.L.G.D.J., p.15.

⁵⁵³ Voir, Muriel CHAGNY, *Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts*, Revue Lamy Droit des affaires, jan.2007, n°12, p. 100. et *La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence —lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, JCP/ La Semaine Juridique- Edition générale n° 25. 21 juin 2006, pp. 1223-1227.

Cependant, cette dernière ne se contente pas d'un seul objectif, à savoir, la réparation ou la restitution du fait des caractères spécifiques du comportement de l'auteur des dommages.

Les comportements de l'agent économique sur le marché sont généralement conduits par l'appât du gain. Pour un but lucratif optimal, il n'est pas étonnant de voir que les acteurs économiques dissimulent leurs pratiques anticoncurrentielles dans le domaine de la concurrence. «*Occultes, ces pratiques sont soustraites à tout contrôle...*»⁵⁵⁴ D'ailleurs, comme nous venons de mettre en exergue la différence des droits de se concurrencer des acteurs économiques et les droits civils particuliers, souvent, la répercussion néfaste des pratiques des acteurs économiques sur l'ordre concurrentiel d'un marché donné est tellement importante que les dommages économiques sont irréparables et que la structure du marché est non restituable. De ce chef, la fonction réparatrice de la responsabilité délictuelle en droit commun ne peut influencer efficacement le comportement des contrevenants potentiels.

Ainsi, l'objectif du régime de la responsabilité délictuelle en droit de la concurrence doit être autant préventif que réparateur. Le procédé de sanction pécuniaire sévère peut faire échec aux anticipations rationnelles des agents économiques et être susceptible de dissuader les comportements déviants des normes de la concurrence.

Du reste, en tant que résultat de l'intervention d'Etat dans les activités économiques concurrentielles sur le marché, le droit de la concurrence comporte en effet une part majoritaire de droit public, qui a pour mission de prévenir les infractions, transgressions, et même les crimes potentiels, et une part beaucoup plus limitée de droit privé dont la fonction en matière de responsabilité délictuelle est de réparer les dommages subis par la victime civile.

En définitive, les distinctions remarquables entre l'objet de la protection et les objectifs du droit de la responsabilité en droit de la concurrence et en droit civil n'en déterminent pas moins les modalités de sanction civile en droit de la concurrence dont la finalité visant à la réparation est accompagnée d'une finalité visant à la sanction. Bien qu'une vive controverse autour des dommages-intérêts réparateurs ou punitifs se développe au sein de l'Union européenne ces dernières années, nul

⁵⁵⁴ Muriel CHAGNY, *La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence — lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, JCP/ La Semaine Juridique- Edition générale n° 25. 21 juin 2006, p. 1224.

n'admet l'efficacité de l'action civile- la peine privée, aux Etats-Unis dans le domaine du droit antitrust. Peut-être la modernisation du droit de la responsabilité civile en France à travers l'avant-propos de Catala et celle du droit de la concurrence de l'Union européenne à travers le Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts ont-elles puisé leur inspiration dans le système américain. Aussi le courant de pensée en Chine dans le domaine du droit de la concurrence connaîtra ce type d'influence.

II. La mise en œuvre de la responsabilité civile en droit de la concurrence

423. Pour peu logique qu'il soit, l'article 134 des Principes généraux du droit civil de la République populaire de Chine de 1986 énumère une dizaine de procédés pour faire assumer la responsabilité civile au contrevenant. Ils sont : la cessation de l'infraction, l'exclusion des entraves, l'élimination du danger, la restitution de la chose appropriée frauduleusement, la restitution de la chose endommagée, la réparation, refonte et substitution, les dommages-intérêts, le paiement des astreintes, la réhabilitation de l'honneur en éliminant la mauvaise influence et la présentation publique des excuses, etc. Ces procédés sont applicables conjointement au cas en question. S'y ajoutent, l'admonition, l'exigence de repentance, la confiscation des gains illégaux, et l'amende et la détention selon la loi.

Ces dix procédés peuvent être regroupés en cinq catégories : l'élimination d'une infraction, la réparation en nature, la sanction pécuniaire, les dommages-intérêts et la sanction infamante ⁵⁵⁵. Nous pouvons inférer que dans l'action civile de la responsabilité délictuelle en droit de la concurrence, la juridiction ne dispose que de deux procédés pour mettre fin à une infraction constatée aux règles concurrentielles, à savoir, le jugement visant à éliminer l'infraction (**A**) et le jugement des dommages-intérêts (**B**).

A. L'élimination d'une infraction

424. Si le tribunal populaire, saisi d'une plainte civile, constate l'existence de l'infraction, il peut obliger par voie d'ordonnance et de jugement le contrevenant

⁵⁵⁵ Les dix procédés énumérés successivement dans l'article 134 des Principes généraux du droit civil de Chine de 1986 sont : Cessation de l'infraction, exclusion des entraves, élimination du danger, restitution de la chose appropriée frauduleusement, restitution de la chose endommagée, réparation, refonte et substitution, dommages-intérêts, paiement des astreintes, réhabilitation de l'honneur en éliminant la mauvaise influence et présentation publique des excuses, etc. Ces procédés sont applicables conjointement au cas échéant. A part ces procédés, les tribunaux populaires disposent d'autres moyens prévus par cet article : l'admonition, l'exigence de repentance, la confiscation des gains illégaux, et l'amende et la détention selon la loi.

intéressé à mettre fin à l'infraction constatée et à l'éliminer. A cette fin, il peut lui imposer toute mesure corrective et/ou répressive qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. C'est aussi la pratique de la Commission européenne dans le domaine de la concurrence⁵⁵⁶. Concrètement, il peut prendre des mesures provisoires, des décisions au fond soit une injonction d'y mettre fin en constatant une infraction, soit une décision excluant des entraves et éliminant le danger, soit un jugement de sanction pécuniaire.

S'agissant des mesures provisoires, dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, le tribunal populaire agissant d'office ou à la demande du demandeur, peut, par voie de décision ordonner des mesures provisoires. Nous le renvoyons au développement précédent⁵⁵⁷.

1. Jugements au fond

425. S'agissant une simple infraction aux règles de concurrence et à la bonne foi commerciale, lorsque le tribunal populaire a constaté l'existence de l'infraction, il peut prononcer par voie d'une injonction que l'auteur de l'infraction doit y mettre fin sur-le-champ ou dans un délai déterminé par le juge. Si l'auteur a mis des entraves à l'accès au marché, au bon fonctionnement du marché ou à la libre concurrence sur le marché, ou a mis en danger la structure concurrentielle du marché, le tribunal populaire peut lui enjoindre d'exclure ces entraves et d'éliminer ces dangers ou prendre d'office des mesures contraignantes, telles la confiscation des gains illégaux, la sanction privative de liberté, à savoir, la détention, ou même la sanction pécuniaire.

2. La détention et les amendes

426. Dans l'action civile, la détention et la sanction pécuniaire supposent une peine civile effectuée par l'intervention d'office du tribunal populaire représentant l'Etat dans les infractions graves aux droits positifs. Ces deux formes de sanction sont de nature punitive et coercitive et ne sont applicables que dans le cas grave défini par la loi.

Ainsi, il est nécessaire d'avoir une procédure strictement définie par la loi pour employer ces deux procédés. Y sont consacrés les article 62 et 162 des «Avis relatifs à l'application des Principes généraux du droit civil de la Chine» de 1988.

⁵⁵⁶ Le texte de l'article 7 du règlement 1/2003, modifiant profondément l'action de la Commission dans le cadre des articles 81 et 82 du traité, privilégie la mission de correction, tout en complétant la mission répressive.

⁵⁵⁷ *Supra.* n° 400.

Aux termes de ces deux articles, doit prendre la forme d'ordonnance la décision de la détention et de la sanction pécuniaire du tribunal populaire saisi qui doit la soumettre à l'autorisation du président du tribunal. Si le sanctionné ou le détenu refuse d'accepter cette décision, il a le droit de demander le recours au tribunal supérieur dans un délai de 10 jours à compter du lendemain du jour de la notification faite par signification. La demande de recours au tribunal supérieur a un effet suspensif. Dans le cas où le tribunal déboute le plaideur de son recours en maintenant l'ordonnance antérieure, celle-ci sera appliquée le jour même du prononcé du déboutement. En jugeant le recours tant de fait que de droit, le tribunal supérieur peut prononcer l'annulation de l'ordonnance en la renvoyant au même tribunal pour qu'il réforme son ordonnance.

Quant au délai de détention et au montant des amendes, 15 jours maxima de détention civile, 500 yuans (approximativement 50 euros) de sanction pécuniaire pour la personne physique, 2000 yuans (approximativement 200 euros) pour le représentant légal de la personne morale sont prévus par le texte des articles 63 et 164 desdits avis. C'est le fondement juridique pour que la Cour populaire suprême donne son avis relatif au plafonnement des amendes en matière de droit de la concurrence. Compte tenu de la place extrêmement importante de la Loi antimonopole au sein du droit de marché, il est envisageable que le montant des amendes en l'espèce sera plus élevé.

427. L'article 134, alinéa 3 des Principes généraux du droit civil de 1986 souligne que la sanction civile concernant la détention et les amendes ne sont applicables que dans le cas défini par la loi. Le terme 'la loi' mentionné dans l'alinéa 3 désigne deux sources juridiques. D'abord, c'est le droit civil commun, particulièrement l'article 49 des Principes généraux qui énumère 6 situations dans lesquelles non seulement la personne morale incriminée est susceptible d'assumer sa responsabilité civile, mais aussi le représentant légal de la personne morale incriminée qui ne peut échapper ni à la sanction administrative, ni aux amendes, ni à la sanction pénale au cas où un délit ou un crime est constaté⁵⁵⁸. Ce texte est complété par les articles 61, 62, 63 et 163 des

⁵⁵⁸ Article 49 des Principes généraux du droit civil de 1986 dispose que :

Under any of the following circumstances, an enterprise as legal person shall bear liability, its legal representative may additionally be given administrative sanctions and fined and, if the offence constitutes a crime, criminal responsibility shall be investigated in accordance with the law:

- (1) conducting illegal operations beyond the range approved and registered by the registration authority;
- (2) concealing facts from the registration and tax authorities and practising fraud;
- (3) secretly withdrawing funds or hiding property to evade repayment of debts;

« Avis de la Cour populaire suprême relatifs à l'application des Principes généraux du droit civil » de 1988.

Le deuxième groupe de sources juridiques est constitué par les lois d'administration économique promulguées par l'Assemblée populaire nationale et les règlements administratifs publiés par le Conseil des Affaires d'Etat, tels la Loi relative aux Titres et Valeurs, la Loi antimonopole, et le Règlement de la sanction dans la gestion de la sécurité publique, etc. Si l'autorité administrative spécialisée reste muette sur une infraction qui est susceptible d'être poursuivie par elle selon la loi et le règlement d'administration, le tribunal populaire saisi peut prendre directement des mesures de sanction et de détention contre l'auteur de l'infraction.

428. Lorsque la juridiction prend des mesures des amendes et de détention dans le contentieux civil, elle dispose d'une grande marge de manœuvre. L'exercice du pouvoir discrétionnaire reconnu aux ordres judiciaires n'est pas incontrôlé.

D'un côté, « *si des organismes d'Etat et leurs fonctionnaires exercent de manière illégale ou abusive leurs attributions et causent des préjudices aux droits et intérêts légitimes de citoyens, de personnes morales et d'autres organisations, les victimes ont droit à obtenir l'indemnisation par l'Etat selon les dispositions de la présente loi.* »⁵⁵⁹ Et « *une indemnisation étatique sera entraînée par la détention erronée et le jugement erroné, dus aux organes judiciaires, de personnes n'ayant pas commis de faits criminels ou n'ayant pas commis de faits susceptibles de prouver leur délit suspect.* »⁵⁶⁰ Ce qui est conforme au principe de circonspection.

De l'autre côté, deux exigences lui sont adjointes, qui bornent le pouvoir discrétionnaire des organes judiciaires chinois. L'exigence de proportionnalité commande un traitement de l'équivalence entre la gravité de l'infraction et la sanction. Au sein de chaque tribunal populaire, il existe un règlement intérieur de travail de jugement, un texte qui comporte plusieurs paramètres d'évaluation de la peine ou sanction prononcée, qui invite le juge à tenir compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute de l'auteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu

(4) disposing of property without authorization after the enterprise is dissolved, disbanded or declared bankrupt;

(5) failing to apply for registration and make a public announcement promptly when the enterprise undergoes a change or terminates, thus causing interested persons to suffer heavy losses;

(6) engaging in other activities prohibited by law, damaging the interests of the state or the public interest.

⁵⁵⁹ L'article 2 de la Loi sur l'indemnisation par l'Etat du 12 mai 1994.

⁵⁶⁰ L'article 15 de la Loi sur l'indemnisation par l'Etat du 12 mai 1994.

envers la victime, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou partie, assumée par un tiers. Quant à la faute, elle est nettement plus exigeante. Elle impose qu'une faute intentionnelle et délibérée est indispensable pour infliger des amendes et la détention à son auteur. La conséquence dommageable ou l'effet néfaste dus à l'infraction importent peu. Cela différencie les sanctions d'office par le tribunal et les dommages-intérêts.

B. Contentieux des dommages concurrentiels

429. Le contentieux des dommages concurrentiels a pour but de réparer les dommages subis par la victime de l'infraction. Dans les Principes généraux du droit civil de 1986, il existe deux catégories du régime de la réparation, l'une, la réparation issue de l'obligation contractuelle non exécutée par le débiteur, l'autre la réparation issue de la responsabilité délictuelle.

1. La réparation issue de l'obligation contractuelle non exécutée

430. En vertu du chapitre 6 section 2 intitulée «la responsabilité contractuelle» des Principes généraux du droit civil de 1986, la réparation de l'obligation non exécutée par le débiteur se mesure par rapport au préjudice subi par le créancier. La réparation peut être en nature ou en dommages et intérêts. La réparation en nature permet au créancier de recevoir un objet équivalent à celui que devait fournir son débiteur. Le créancier a le droit de refuser la réparation en nature. Dans la majorité des cas, l'inexécution de l'une des parties se traduit par l'attribution de dommages et intérêts au contractant subissant l'inexécution. Cette forme de réparation pécuniaire peut prendre deux formes.

1) Les dommages et intérêts moratoires

431. L'inexécution d'une obligation pécuniaire est réparée par l'allocation d'intérêts de retard ou dommages et intérêts moratoires. Les intérêts moratoires sont calculés sur la base de l'intérêt légal dont le taux est fixé forfaitairement par décret. Toutefois, les parties peuvent fixer conventionnellement un autre taux à condition de le stipuler par écrit et de ne pas prévoir un taux usuraire. Si la créance est née et déterminée dans son montant, les intérêts de retard courent à dater de la mise en demeure⁵⁶¹. Les intérêts peuvent eux-mêmes produire des intérêts. Il s'agit de l'anatocisme des intérêts dans la répétition de l'indû. L'article 131 desdits «Avis» régleme que

lorsque le débiteur rend l'enrichissement sans cause, si cet enrichissement induit produit des intérêts, le remboursement doit comprendre ces intérêts.

2) Les dommages et intérêts compensatoires

432. L'objectif des dommages et intérêts compensatoires est de compenser le préjudice découlant de l'inexécution d'une obligation par une partie au contrat. S'agissant de leur montant, les dommages et intérêts compensatoires doivent couvrir la totalité du dommage réparable (art.112 des Principes généraux). Le principe demeure celui de la réparation intégrale. Les parties contractuelles peuvent fixer d'avance le montant et la façon de compter des dommages-intérêts au cas de l'inapplication de l'obligation (art.112 alinéa 2 et 3). Le dommage matériel prend des formes variées : il recouvre le dommage matériel au sens strict⁵⁶². Il peut s'agir d'une perte subie (bien détruit), ou d'un gain manqué ou *lucrum cessans* (impossibilité pour un individu d'exercer une activité rémunérée, impossibilité pour une entreprise d'exécuter un contrat lucratif...)

2. La réparation issue de la responsabilité délictuelle

433. Le principe de la réparation intégrale du dommage s'applique dans les confins à la fois pour éviter un appauvrissement de la victime par une indemnisation insuffisante et un enrichissement de la victime par une indemnisation supérieure au préjudice subi. En d'autres termes, dès lors que la responsabilité de l'auteur est retenue, il doit réparer le préjudice intégral subi par la victime. Il doit rétablir autant que possible l'équilibre détruit par le dommage et replacer la victime dans l'état où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu. La réparation porte donc sur tout le dommage mais rien que le dommage. Cela permet à la victime d'obtenir une compensation efficace des préjudices subis du fait des tiers sans prendre en compte le degré de gravité de la faute de l'auteur du dommage.

Pourtant, dans la détermination du montant du préjudice, le juge a une grande marge de manœuvre qui peut conduire au risque d'arbitraire judiciaire. De ce chef, la Cour populaire suprême demande une motivation précise donnée par le juge saisi.

S'agissant de la réparation du dommage matériel, si le bien est totalement détruit, l'indemnité est en principe égale à la valeur de remplacement du bien afin que la

⁵⁶¹ Les articles 121 -125 des «Avis de la Cour populaire suprême relatifs à l'application des Principes généraux du droit civil de la République populaire de Chine» de 1988.

⁵⁶² C'est-à-dire l'atteinte au patrimoine et le dommage corporel, l'atteinte à la personne.

victime puisse acquérir le même bien. Si le bien a été simplement détérioré, l'indemnité doit être égale aux frais de remise en état.

S'agissant de l'indemnisation, en raison du principe de la réparation intégrale, la responsabilité délictuelle indemnise les dommages directs et indirects, prévisibles et imprévisibles. La victime peut demander réparation non seulement du dommage réel (*damnum emergens*), mais également du manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi que le paiement d'intérêts⁵⁶³.

Le législateur chinois impose une obligation de prendre des mesures à temps pour modérer le dommage à la charge de la victime d'une infraction lorsqu'elle a aperçu l'existence de l'infraction. Si non, elle n'a pas de droit de réclamer la compensation du dommage supplémentaire causé à partir du moment de sa connaissance de l'existence de l'infraction⁵⁶⁴. Cette disposition a provoqué des critiques virulentes de la part des civilistes chinois ; pourtant, elle subsiste encore.

La victime peut s'adresser à l'un quelconque des coresponsables pour la réparation de l'intégralité de son dommage : ils sont tenus *in solidum* (art.130).

Nous pouvons inférer, dans le contexte du droit de la responsabilité civile que l'action en réparation du préjudice subi au profit de la victime d'une pratique anticoncurrentielle aura lieu dans un avenir proche lorsqu'il existe un lien de causalité entre la pratique et le préjudice subi. En droit chinois de la responsabilité civile s'inscrit effectivement la finalité réparatrice, tout en excluant la fonction de dissuasion et de sanction, malgré un fort courant doctrinal en faveur des dommages-intérêts punitifs⁵⁶⁵.

3. Lecture de l'article 50 de la Loi antimonopole en dommages-intérêts compensatoires et punitifs

434. En examinant l'article 50 de la Loi antimonopole de 2007 qui dispose simplement que « *les entreprises qui ont commis une infraction en participant à des pratiques anticoncurrentielles et causé de ce fait des préjudices, engagent leur responsabilité civile conformément à la loi* », il n'est pas difficile de constater que la Loi antimonopole de 2007 a mis le fondement des dommages-intérêts sur la base de

⁵⁶³ L'article 117 al. 3 des Principes généraux du droit civil de 1986.

⁵⁶⁴ L'article 114 des Principes généraux du droit civil de 1986.

⁵⁶⁵ Cf. DONG Pei, *L'étude de la responsabilité civile en droit antimonopole – un regard sur l'article 50 de la Loi antimonopole de 2007*, in Revue Etude du Commerce de l'Université de Guangdong, n°2, 200, p.88. -LI Guohai, *L'étude comparée des systèmes des dommages-intérêts en droit antimonopole*, in Etude du Commerce, n°6, 2004. p24. -CONG Shujuan, KANG Chengjie, *Sur les dommages-intérêts en droit antimonopole*, in Industrial & Science Tribune 2008. vol.7, n°2. p.125.

la réparation intégrale. L'action éventuelle contre des pratiques anticoncurrentielles ou antimonopolistiques n'a pour mission que de réparer les dommages et les préjudices subis par la victime. L'action en dommages-intérêts punitifs en droit de la concurrence n'est qu'un sujet académique pour les milieux universitaires.

435. Toutefois, le courant doctrinal en faveur des dommages-intérêts punitifs est loin d'être une unité monolithique. Une partie de la doctrine est très favorable aux expériences américaines, - celles des *treble damages* en action civile dans le contentieux antitrust⁵⁶⁶ -, en faisant l'éloge de son efficacité pour l'application du droit antitrust, de son incitation positive du concours de masse à la répression des pratiques antitrust ou anticoncurrentielles, de sa contribution aux concepts modernes et au développement du droit antitrust.

436. En constatant quelques résultats décevants des *treble damages* en droit américain : celui des dérives spéculatives par les plaideurs en quête de profits et celui de sa simplicité et rigidité, les juristes chinois tournent les yeux vers l'Europe.⁵⁶⁷ A leur grande déception, l'immaturation du droit de la concurrence européenne en l'espèce se concrétise par le fait que le système de contentieux en concurrence n'a pas été véritablement établi, malgré l'apparition successive du livre vert et du livre blanc qui ne sont que la proposition non contraignante de la Commission européenne et l'arrêt «*Manfredi*»⁵⁶⁸ rendu le 13 juillet 2006 par la Cour européenne de justice. Selon la Commission européenne, «*le contentieux civil des pratiques anticoncurrentielles souffre encore de "sous-développement" et les juridictions judiciaires nationales, lorsqu'elles sont saisies, font parfois montre d'une parcimonie excessive à l'égard des actions en responsabilité civile.*»⁵⁶⁹ «*Il est vrai que le chantier engagé est sans doute particulièrement difficile. Au-delà des questions techniques à résoudre, le développement des actions privées repose avant tout sur les règles de droit civil (non seulement les règles de la responsabilité délictuelle, mais également la question ô combien délicate de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité*

⁵⁶⁶ L'article 7 de Sherman Act et l'article 4 de Clayton Act.

⁵⁶⁷ Cf. ZENG Shixiong, *Théorie du droit en dommages-intérêts*, édition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 2001, p.16. -LI Junfeng, *Etude sur la question du montant des dommages-intérêts en contentieux concurrentiel*, in *Etude du Droit Comparé*, 2007, n°4, p.110. -SHI Jichun, *L'articulation et l'application de la Loi antimonopole*, édition du Système législatif de Chine, 2007, 307.

⁵⁶⁸ CJCE, 13 juill.2006, aff. jtes C-295 à C- 298/04, Vincenzo Manfredi, RLC 2006/9, n° 659, obs. CHAGNY M.

⁵⁶⁹ Muriel CHAGNY. *Op.cit.*

contractuelle, quelque peu négligée par la Commission). »⁵⁷⁰ Toutefois, au moins par rapport au droit chinois de la concurrence, l'Europe a déjà engagé soigneusement l'établissement du système européen de l'action civile en droit de la concurrence en proposant le régime des dommages-intérêts exemplaires qui n'est pas une obligation, mais une faculté pour les juridictions nationales⁵⁷¹. Les Etats membres de l'Union européenne répondant de manière active à l'appel de la Commission européenne, le Royaume-Uni a déjà adopté les dommages-intérêts punitifs dans les affaires en matière de la concurrence⁵⁷² ; la France connaît une polémique virulente autour de l'article 1370 de l'avant projet de Catala de 2005 ; pour l'Allemagne, le §33 et le §34 de la GWB révisée, renforcent et élargissent les sanctions de droit civil⁵⁷³.

437. Sans méconnaître leur part de vérité, ni l'un ni l'autre des exemples américain et européen ne semble idéal pour une partie de la doctrine chinoise⁵⁷⁴ qui trouve qu'il serait souhaitable d'adopter la méthode taiwanaise.

Aux termes des articles 31 et 32 de la Loi du commerce équitable de Taiwan de 1991, le tribunal taiwanais a le pouvoir discrétionnaire de décider le montant des indemnités au dommage dans le contentieux antitrust. Pourtant, ce montant discrétionnaire des dommages-intérêts ne doit pas dépasser trois fois le montant du dommage entier subi par la victime de la pratique anticoncurrentielle. Ce régime de *treble* ou *double damages* discrétionnaire est conçu pour distinguer le dommage causé par faute et par intention. Les éléments subjectifs et la situation objective au moment de l'infraction sont tous constitutifs de la décision discrétionnaire du montant des indemnités. Selon ce courant de pensée, il est normal qu'à la finalité réparatrice de la responsabilité civile, soit adjointe la fonction de sanction, et à l'action civile en dommages-intérêts intégraux s'ajoute la sanction d'office du tribunal de nature punitive⁵⁷⁵.

⁵⁷⁰ Laurence IDOT, *Le Livre vert de la Commission relatif aux actions en dommages et intérêts pour ententes et abus de position dominante... et maintenant ?*, in Europe n°7, Juillet 2006, alerte 32.

⁵⁷¹ Le droit communautaire ne saurait fonder l'octroi des dommages-intérêts punitifs. Comme le rappelait récemment la Cour de Justice dans son arrêt *Manfredi*, « en ce qui concerne l'allocation de dommages-intérêts (concurrentiels) et une éventuelle possibilité d'accorder des indemnités ayant un caractère de sanction, en l'absence de dispositions communautaires en ce domaine, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de fixer les critères permettant de déterminer l'étendue de la réparation, pour autant que les principes de l'équivalence et d'effectivité soient respectés. »

⁵⁷² Cf. Benjamin CHEYNEL, *Action de suite: pas de dommages-intérêts punitifs devant les juridictions anglaises*, Revue Lamy de la Concurrence, janvier/mars, 2008-n°14. pp.102-105.

⁵⁷³ Kurt STOCKMANN, *La Réforme du Droit Allemand de la Concurrence*, Revue Lamy de la Concurrence 2006. n°6. p.112.

⁵⁷⁴ LI Guohai, *op.cit.*

⁵⁷⁵ LAI Yuanhe, *Nouvelle étude de la Loi taiwanaise du commerce équitable*, édition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 2002, p.455-456.

438. Nous partageons l'avis du professeur français, Mme Muriel CHAGNY, en ce qui concerne le contentieux en dommages-intérêts punitifs en droit de la concurrence. Elle veut sensibiliser vigoureusement la France. Nous souhaiterions faire la même chose pour la République populaire de Chine.

D'après Mme CHAGNY, « *pour respectable qu'elle (l'opposition civiliste de la consécration des dommages-intérêts punitifs) soit, la crainte de pervertir la responsabilité civile semble exagérée et, surtout, doit céder à partir du moment où l'introduction des dommages-intérêts punitifs s'avère des plus opportunes, du fait de son utilité. Que la responsabilité civile exerce, principalement et classiquement, une fonction réparatrice n'interdit pas de lui adjoindre, au prix d'une évolution contrôlée de certaines règles, une mission de prévention et de sanction. En ce domaine comme en d'autres, le droit commun doit, pour conserver la place éminente qui lui revient, savoir s'adapter, en présence d'un véritable besoin* ». Du reste, « *l'admission des dommages-intérêts punitifs, constitutive d'une officialisation plutôt que d'un véritable bouleversement, aurait-elle le mérite de soumettre leur prononcé à de véritables règles, dont l'application serait prévisible et contrôlable.* »⁵⁷⁶

En droit spécial de la concurrence, dans l'hypothèse d'une tentative anticoncurrentielle ayant avorté, alors faute de préjudice, le montant des dommages-intérêts compensatoires serait nul, pourtant, cela n'interdit pas de prononcer une sanction de cette tentative. Alors, à ce moment-là, « *il appartient à la juridiction saisie de distinguer les dommages-intérêts punitifs des dommages-intérêts compensatoires, chacune de ces deux catégories assurant des fonctions distinctes, dissuasion et punition d'un côté, réparation de l'autre.* »⁵⁷⁷

439. Quant à la question de savoir si l'action en indemnité en matière de concurrence doit être intentée à titre principal ou de façon complémentaire, l'Avis du 21 septembre 2006 du Conseil de la concurrence de la France relatif à l'action de groupe est très pertinent pour résoudre le problème législatif de la Loi antimonopole de Chine. L'Avis français affiche clairement sa préférence pour les actions en indemnité engagées de façon complémentaire. Il coïncide non seulement avec l'esprit législatif de la Loi antimonopole de Chine de 2007, mais aussi à la réalité judiciaire dans le domaine du droit de la concurrence.

⁵⁷⁶ Muriel CHAGNY, "La notion...", *op.cit.* p.1224.

⁵⁷⁷ Muriel CHAGNY, "La notion...", *op.cit.* p.1225.

De prime abord, la haute estime donnée à l'application administrative de l'autorité spécialisée de la concurrence par le législateur chinois peut être lue en filigrane dans l'ordre d'écriture de l'article 38 et de l'article 50. En vertu du texte de l'article 38, *«L'autorité compétente de la concurrence enquête sur les pratiques anticoncurrentielles présumées. Toute personne morale ou physique est habilitée à dénoncer à l'autorité compétente de la concurrence les pratiques anticoncurrentielles présumées. Leur identité est gardée confidentielle par l'autorité compétente de la concurrence saisie. L'autorité compétente de la concurrence mène les enquêtes nécessaires lorsqu'une telle saisine est faite par écrit et fondée sur des éléments de fait et de preuve pertinents.»* Alors, la législation a remis le texte concernant l'attribution du pouvoir d'enquête à l'autorité de concurrence par l'article 38 devant le texte de l'attribution du droit de l'action civile à la victime par l'article 50.

Cela étant, sans aller jusqu'à interdire l'action civile intentée directement auprès de la juridiction par la victime, le texte suppose que la victime n'intente l'action en dommages-intérêts que lorsque l'affaire a été préalablement traitée par l'autorité de concurrence ou que sur la base de la décision du recours administratif ou du jugement administratif après que l'acte administratif concret a été mis en cause par la procédure du contentieux administratif⁵⁷⁸. Ainsi, il n'est pas ambigu que le législateur préfère l'action en dommages-intérêts complémentaire à celle à titre principal.

440. Du reste, le tribunal populaire compétent disposant effectivement de ressources humaines et financières insuffisantes par rapport à l'autorité spécialisée de concurrence, la technicité particulière, l'analyse économique délicate dans l'enquête de l'infraction aux règles de concurrence demanderaient au tribunal de prendre en considération la décision préalable de l'autorité de concurrence.

D'ailleurs, il existe des hypothèses dans lesquelles la procédure de l'action en dommages-intérêts peut se trouver interférée par la coexistence d'une procédure devant l'autorité de concurrence, dans certains cas où la pratique anticoncurrentielle *prima facie* n'est pas condamnée lorsqu'elle est considérée comme insignifiante, ne franchissant pas le seuil de sensibilité ou bien encore lorsqu'elle est admise par le jeu d'une règle de raison ou parce qu'elle bénéficie d'une exemption en raison de sa contribution au progrès économique, ou lorsque le régime de clémence demande de la mettre en œuvre.

⁵⁷⁸ SHI Jichun, *op.cip.*

441. En bref, la dualité de voies d'action prônée par le Conseil de la concurrence en France va certainement donner des inspirations au législateur chinois dans sa modification législative à venir de la Loi antimonopole.

En définitive, force est de constater qu'il existe une légère trace législative en ce qui concerne les dommages-intérêts punitifs en droit chinois, malgré la réticence du droit commun et du droit spécial de la concurrence. C'est dans la disposition de l'article 49 de la Loi sur la protection des droits et intérêts des consommateurs chinois du 31 octobre 1993, que les dommages-intérêts punitifs au double dommage seront accordés aux victimes consommateurs. Ainsi, est-il très probable d'introduire le régime des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs dans le contentieux concurrentiel par l'interprétation judiciaire de la Cour populaire suprême.

§2. Sanctions pénales

442. Il est éventuellement possible d'infliger des sanctions pénales aux auteurs d'infraction au droit de la concurrence en Chine, conformément à la Loi antimonopole de 2007 (II). Or, il s'agit de la pénalisation du droit des affaires (I).

I. Aperçu de la pénalisation du droit des affaires en Chine

443. Il n'est pas inutile de rappeler brièvement le droit pénal économique de la Chine (B) dans le cadre de son système pénal (A).

A. Vue d'ensemble du système pénal de la Chine

444. Le système pénal chinois reconstitué à partir de 1979 avec les promulgations de la loi pénale et de la loi de procédure pénale⁵⁷⁹ a fait, en 1997, l'objet d'une révision complète et l'objet de révision partielle à plusieurs reprises⁵⁸⁰, afin de garantir une plus grande sécurité juridique, un bon ordre public et une meilleure protection des droits de l'homme.

1. Loi pénale de 1979, révisée en 1997

445. Champ d'application : La loi pénale s'applique aux infractions commises sur le territoire national et à celles commises à l'étranger par un ressortissant chinois (art.7). La loi ne vise cependant que les infractions graves, crimes et délits. Les infractions que le droit français qualifie comme « *contraventions* » sont en Chine des infractions punies par

⁵⁷⁹ Le texte complet de la loi pénale de 1997 est disponible à l'adresse suivante : <http://www.lawinfochina.com/law/display.asp?Id=354> (en anglais). La loi pénale de 1997 comporte 452 articles.

Le texte complet de la loi de procédure pénale de 1997 est disponible à l'adresse suivante : <http://en.chinacourt.org/public/detail.php?Id=2693> (en anglais)

⁵⁸⁰ La modification a eu lieu successivement en 2001, 2002, 2005, 2006 et 2009.

des sanctions extrajudiciaires. Selon le principe de légalité «*nullum crimen, nulla poena, sine lege*» (aucun crime, aucune peine, sans loi), l'on ne peut être condamné pénalement qu'en vertu d'un texte légal précis.

Les éléments constitutifs de l'infraction : pour qu'il y ait une infraction, il faut la réunion de trois éléments : l'élément légal (le crime et la peine doivent être prévus par la loi), l'élément matériel (les actes) et l'élément moral (l'intention). Mais, contrairement au droit français, caractérisé par une classification des infractions fondée sur leur gravité⁵⁸¹, le droit chinois distingue d'abord les infractions intentionnelles des infractions de négligence qui ne sont sanctionnées que si expressément prévues par la loi (art.15).

La responsabilité pénale : Le système pénal prévoit des traitements différenciés pour certaines catégories de justiciables. La majorité pénale est ainsi fixée à 16 ans mais, dès l'âge de 14 ans, le délinquant est punissable si l'infraction trouble gravement l'ordre public. En outre, lorsqu'il est démontré que la personne poursuivie souffre d'un trouble mental provoquant l'abolition du discernement, elle est déclarée irresponsable. Les circonstances sont également prises en compte dans la détermination de la peine. L'accusé bénéficiera par ailleurs de la clémence du tribunal s'il s'est rendu de son plein gré à la police, a dénoncé ses complices, ou encore s'il souffre d'une infirmité, à savoir sourds-muets et aveugles (art.19). A l'inverse, le récidiviste sera plus lourdement condamné et ne pourra pas bénéficier d'une suspension de sa peine (art.74).

Les peines en vigueur : Selon l'article 33 de la loi pénale, les peines principales sont au nombre de cinq : la mise sous surveillance, la détention pénale ('*拘役*', '*jüyi*') ne dépassant pas 6 mois, l'emprisonnement pendant une durée déterminée de 6 mois à 15 ans, l'emprisonnement à perpétuité et la peine de mort. Ces cinq peines principales se distinguent des peines dites complémentaires qui sont : les amendes, la déchéance des droits politiques pour une durée allant de un à cinq ans et la confiscation des biens⁵⁸².

2. La Loi de la procédure pénale de 1979, modifiée en 1997

446. La procédure pénale chinoise reste marquée par des pouvoirs importants conférés à la police et au parquet et par la marge de manœuvre plus limitée de la juridiction de

⁵⁸¹ Code pénal français, l'article 111-1 dispose que «*Les infractions pénales sont classées, selon leur gravité, en crimes, délits et contraventions*».

jugement. Elle se divise en quatre étapes principales: l'enquête, l'examen aux fins d'action publique, le procès et l'exécution de la peine.

1) L'enquête : L'enquête est du ressort des organes de la sécurité publique, sauf si la loi en dispose autrement. Ainsi, en matière de corruption, de détournement de fonds ou de négligence commis par les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, seuls les parquets populaires sont compétents.

Les organes de la sécurité publique ont le droit de délivrer des avis de recherche, d'interroger le suspect, de procéder à des perquisitions, à des saisies et de recourir à des expertises.

Le droit chinois affirme le principe de la présomption d'innocence et fixe les conditions dans lesquelles le placement en détention provisoire peut être ordonné.⁵⁸³

Lorsque l'organe de la sécurité publique a terminé son enquête, elle transmet le dossier au parquet. Débute alors la phase d'examen aux fins d'action publique.

2) L'examen aux fins d'action publique : La décision de poursuivre devant le tribunal revient au parquet populaire et doit être rendue dans un délai maximum d'un mois et demi, sauf si des investigations supplémentaires se révèlent être nécessaires. Dans ce cas, la décision sera rendue au plus tard dans un délai de 6 mois. Le parquet populaire a le choix de poursuivre devant le tribunal ou de classer sans suite. La décision de classement sans suite doit être annoncée publiquement, et transmise par écrit au suspect et à l'organe de sécurité publique qui a effectué l'enquête. Cet organe a ensuite la possibilité de contester ce choix en formant un recours devant le parquet de l'échelon supérieur. La victime est informée de la décision de classement sans suite et dispose d'un recours devant le Parquet supérieur pendant 7 jours. Elle peut aussi engager directement une procédure devant le tribunal (art.145 de la loi de procédure pénale). Ceci constitue une spécificité de la législation chinoise. Le parquet ne peut pas orienter le dossier vers une médiation pénale. Seul le tribunal peut recourir à une procédure de médiation entre la victime et le prévenu.

3) Le procès : Les tribunaux populaires sont en charge du jugement des affaires pénales de droit commun, sauf quand la loi en dispose autrement. En principe, le tribunal compétent est celui du lieu de l'infraction, mais parfois est retenue la compétence du lieu de résidence du prévenu (art.24).

Lorsque la juridiction est saisie, celle-ci doit statuer dans le mois et, au plus tard, dans

⁵⁸² En pratique, les biens du condamné seront souvent confisqués pour couvrir les réparations civiles. Ces peines « complémentaires » peuvent toutefois être prononcées à titre principal.

⁵⁸³ Articles 124 et suivants de la loi de procédure pénale.

les deux mois et demi. Le jugement est prononcé en audience publique et signé par l'ensemble des juges, contrairement au droit français, où seul le magistrat qui préside l'audience signe avec le greffier. Le parquet peut faire appel. La victime dispose d'un droit d'appel personnel à l'encontre des dispositions sur les intérêts civils de la décision pénale et également du droit de contester la décision sur le plan pénal en envoyant au parquet une lettre de protestation ; le parquet a alors 5 jours pour prendre la décision de faire appel et tenir la victime informée.

Au cours des jugements de droit pénal, la présence du procureur est destinée d'une part à montrer son soutien à l'action publique, et d'autre part à contrôler le jugement en sa qualité de surveillant de l'exécution des lois de l'Etat.

4) L'exécution de la peine : Le ministère de la Justice est chargé de faire exécuter la décision sous le contrôle du Parquet. La détention peut avoir lieu dans deux catégories d'établissements pénitentiaires : les prisons et les maisons de correction⁵⁸⁴.

B. Droit pénal économique en Chine

447. Au fur et à mesure des révisions successives, la loi pénale rassemble des infractions dispersées auparavant dans des lois spécifiques, notamment en matière économique et commerciale des affaires, plusieurs chapitres y étant ainsi consacrés : dans la Partie II, le Chapitre III concerne les infractions qui perturbent le bon fonctionnement du marché, le Chapitre V, les crimes et délits portant atteintes aux biens, le Chapitre VIII, les atteintes à l'autorité de l'Etat. Plus de 80 infractions économiques sont désormais incriminées contre seulement 15 en 1979. Cependant, il n'est pas surprenant de constater que le développement de la doctrine en droit pénal économique en Chine est beaucoup plus avancé que la modernisation du droit pénal économique elle-même.

1. La doctrine en droit pénal économique en Chine

448. L'apport négatif de la politique d'ouverture au monde et de réforme économique en Chine depuis 1979 est l'apparition fréquente de crimes et délits économiques qui sont une grande nouveauté pour le peuple chinois qui ne connaissait que des crimes et délits politiques et ceux portant atteintes aux biens d'Etat et aux personnes pendant la première période de l'établissement du système socialiste de 1949 à 1979. Faute de disposition législative concernant la répression des crimes économiques, non seulement les agents

⁵⁸⁴ Loi sur les établissements pénitentiaires entrée en vigueur le 20 décembre 1994. S'agissant des prisons, certaines sont destinées aux personnes condamnées pour crimes graves et certaines sont réservées aux condamnés pour délits mineurs. Les femmes sont incarcérées dans des établissements distincts de ceux des hommes. Les maisons de correction sont destinées aux jeunes délinquants.

économiques, mais aussi des fonctionnaires de tous échelons se sont livrés à des gains économiques illégaux. Ceci aggravait le dysfonctionnement du marché et causait une dégradation des mœurs de la société, constituant aussi une des mèches d'amorce des événements de la place Tian An Men de 1989.

Soucieux de la réforme économique, une poignée de pénalistes éminents entamaient la recherche sur la pénalisation et l'incrimination des actes économiques qui portent atteinte tant au bon fonctionnement du marché, qu'à la réforme économique de la Chine⁵⁸⁵. Les pénalistes chinois admettent que le droit pénal économique est une branche particulière du droit pénal spécial⁵⁸⁶, que l'étude doctrinale en droit pénal économique est influencée par l'actualité économique et la politique pénale économique. Au demeurant, les recherches achevées ou en cours marquent un progrès de la doctrine en droit pénal économique qui est caractérisée par l'hétérogénéité des concepts principaux, par la division des trois écoles sur le champ d'application et par un commun accord sur les éléments constitutifs du crime économique.

1) L'hétérogénéité des concepts de « crime économique »

449. Effectivement, le premier emploi de la terminologie - «*le crime économique*» ('经济犯罪', '*jingji fanzui*'), date du 8 mars 1982, lorsque le Comité permanent de l'APN adoptait sa «*Décision de la Sanction avec rigueur des Crimes portant Atteinte de manière grave à l'Economie*», et un mois plus tard, à savoir, le 13 avril 1982, lorsque le CAE à son tour prenait sa «*Décision relative à la Répression des Activités criminelles de manière grave dans le Domaine économique*», ces deux règlements constituant le motif politique et juridique de l'enclenchement de la recherche en matière de crime et de délit économique. Cependant, aucun texte législatif n'a donné la définition du «*crime économique*». Celui-ci ne demeure qu'une notion doctrinale. Les opinions principales en ce qui concerne la définition du «*crime économique*» ne seront pas énumérées de manière exhaustive :

⁵⁸⁵ Professeur LIU Baibi était le premier qui mis sur le tapis la terminologie doctrinale, - « droit pénal économique » (*jingji xingfa*) dans son article intitulé « Recherche préliminaire sur le droit pénal économique » publié dans le Journal du Système législatif de Chine le 26 septembre 1986. Faisant suite à cet article et à son ouvrage « Droit pénal économique » publié par l'Édition du Masse en 1989, plusieurs monographies en la matière par différents pénalistes ont vu le jour successivement. Parmi eux, on énumère « La Science du Droit pénal économique » rédigée par Professeur CHEN Xingliang en 1990 (édition de la Science Sociale et Humaine de Chine), « Droit pénal économique » par Professeur ZHAO Changqing en 1991 (édition Chongqing), « Nouvelle recherche sur le droit pénal économique » de Professeur CHEN Zexian en 2001 (édition du Masse), et « Recherche sur la criminalité économique et droit pénal économique » de GONG Houjun en 2003 (édition Fangzheng Chine), etc.

⁵⁸⁶ HE Qinhua, XU Yongkang, *Brochure de nouvelles disciplines de la Science juridique*, Édition du Peuple Zhejiang, 1988, p.252.

Un courant de pensées souligne la nature socialiste de l'économie qui fait l'objet du sabotage par des infractions. Selon cette pensée, «*le crime économique désigne les actes qui sabotent l'économie socialiste dans le domaine économique*»⁵⁸⁷. Plus précisément, «*tous actes qui portent préjudice à la relation de l'économie socialiste et qui doivent être sanctionnés par les peines selon la loi sont crimes économiques.*»⁵⁸⁸

Un autre courant de pensée doctrinale met l'accent sur les éléments objectifs des actes incriminés en proposant que «*le crime économique désigne les actes dont l'auteur a l'intention de se procurer des intérêts illégaux, a mésusé des activités économiques permises dans la transaction économique, et a contrevenu directement ou indirectement à toutes les règles relatives aux activités économiques, et dont le résultat est dangereux puisqu'il perturbe la normalité des activités économiques et commerciales et trouble l'ordre de la vie économique.*»⁵⁸⁹ D'après ce groupe de pensée, les règles relatives aux activités économiques transgressées par le crime économique sont des règles concernant la gestion étatique de l'impôt, de la finance, du budget, du commerce étranger et du marché, quoi-qu'elles soient administratives ou législatives⁵⁹⁰. Les intérêts endommagés peuvent être les biens légitimes de l'Etat, des collectivités et du citoyen. L'ordre de la vie économique peut être l'ordre dans les organes étatiques chargés de l'économie et des secteurs économique⁵⁹¹.

Le troisième groupe de pensée s'intéresse au statut de l'auteur de l'acte incriminé en disant que «*est un acte punissable pénalement par la loi pénale le crime économique dont l'auteur est celui qui dispose de la capacité d'engager la responsabilité pénale selon la loi, et qui a porté atteinte par son entreprise illégale, à la relation économique et commerciale du socialisme, protégée par la loi pénale.*»⁵⁹² L'auteur de l'infraction en droit pénal peut être «*la personne physique ou morale qui a l'intention de transgresser les règlements de gestion économique et a saboté de manière grave l'ordre économique dans la production, la distribution, la gestion et le circuit des marchandises.*»⁵⁹³

⁵⁸⁷ OU Yangtao, *Sur la question du crime grave dans le domaine économique*, édition du Droit, 1984. p.1

⁵⁸⁸ XIE Baogui, *Condamnation du crime économique*, édition du Droit, 1988. p.24.

⁵⁸⁹ XIA Jixian, *Analyse sur le crime économique dans le régime économique du commerce*, in Science juridique, 1987, n°2.

⁵⁹⁰ CHEN Xingliang, *op.cit.* p.204.

⁵⁹¹ Cf. LIU Baibi, LIU Yongsheng, *op.cit.* p.55.

⁵⁹² WANG Yin, *Causes recherchées dans les crimes économiques*, édition de l'Université de Lanzhou, 1988, p.10.

⁵⁹³ YANG Dunxian et XIE Baogui, (dir), *Droit pénal économique*, Edition du Procureur de Chine, en 1991, p.40.

Autant dire que dans le domaine de la criminologie et du droit pénal, aucun concept ne renvoie des opinions aussi variées que «*le crime économique*» : si la variété en matière de définition est un symbole d'immaturation de la doctrine en l'espèce, elle est plutôt un point brûlant de l'étude de la criminalité face à la flambée de criminalité dans le domaine économique à une époque qui paraît prospère économiquement. Reste que le manque d'une définition commune scientifique du «crime économique», qui est la notion essentielle du droit pénal économique et qui est corrélatif au contenu très riche du terme «économique», ne serait pas sans retentissement sur l'édifice du système du droit pénal économique.

2) Trois écoles sur le champ d'application du droit pénal économique

450. Faute de l'unification de la définition doctrinale du «crime économique», les juristes chinois se divisent en trois écoles en ce qui concerne le champ d'application du droit pénal économique.

La première école soutient le champ d'application au sens large. D'après elle, le crime économique en Chine doit comprendre la criminalité prévue dans le chapitre III de la Partie II de la Loi pénale, à savoir le sabotage de l'ordre économique socialiste, les crimes portant atteinte aux biens (prévus dans le Chapitre V de Partie II de la Loi précitée), les autres actes qui portent préjudice à l'économie, par exemple, la prévarication, le trafic de drogue, l'accident industriel et minier, etc., et les infractions économiques prévues par les règlements administratifs⁵⁹⁴.

La deuxième école⁵⁹⁵ se prononce pour une définition plus étroite du champ d'application dans le chapitre III de Partie II de la Loi pénale, intitulé « Crime et délit sabotant l'ordre économique socialiste ».

451. Enfin, « l'école éclectique » préconise que la criminalité économique comprend le crime portant préjudice à l'ordre économique et celui commis en profitant du pouvoir attribué à la fonction publique (une infraction analogique au trafic d'influence dans la doctrine française en l'espèce⁵⁹⁶). D'après « l'école éclectique », la criminalité économique peut être classée plus précisément dans cinq catégories⁵⁹⁷:

⁵⁹⁴ LIU Baibi, LIU Yongsheng, *op.cit.* p.56.

⁵⁹⁵ LIU Baibi, LIU Yongsheng, *op.cit.* p.57.

⁵⁹⁶ Fabienne GHELFI-TASTEVIN, *Droit pénal économique et des affaires*, Edition Gualino éditeur, 2001. p.35.

⁵⁹⁷ CHEN Xingliang (dir), *Science du droit pénal économique (général)*, Edition de la Science sociale et humaine de Chine, 1990, p.207-208.

La première catégorie concerne le crime économique de nature lucrative qui représente les actes illégaux dans les activités commerciales et industrielles cherchant à gagner des profits exorbitants. C'est le cas des ententes et des abus de domination dont l'auteur cherche à : limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement par des infractions en matière de prix et de vente, telles que, le prix minimum imposé, la revente à perte, le para-commercialisme. C'est aussi le cas des pratiques portant atteintes à la propriété industrielle. De plus, y sont compris le trafic de stupéfiants, de drogues, d'armes à feu, de produits pornographiques, les infractions portant préjudice aux bonnes mœurs, à la santé et la salubrité publique.

La deuxième catégorie comprend les crimes économiques de nature d'escroquerie, qui sont différents du crime de nature dolosive en général. L'auteur d'une escroquerie, infraction courante dans le monde des affaires, trompe sa victime pour la déterminer à lui remettre un bien ou à lui fournir un service soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses. Il tente également de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.

Appartenant à la troisième catégorie, le crime économique dans la fonction publique tient au fait que des professionnels exercent ou tentent d'exercer une influence sur l'administration publique, précisément sur des fonctionnaires, pour obtenir certains avantages et au fait que des personnes travaillant pour l'Etat ou investies d'une mission de service public profitent de leur pouvoir pour s'ingérer irrégulièrement dans la vie des affaires. Ces agissements relèvent principalement de la corruption, de la prévarication et du détournement de fonds publics, etc.

La quatrième catégorie du crime économique est la constitution de faux. Le faux monnayage est l'incrimination très grave prévue tant en matière de monnaie métallique ou fiduciaire, qu'en matière de monnaie scripturale. Ces agissements frauduleux concernent la contrefaçon des pièces de monnaie ou des billets de banque, ou du chèque, de la carte de paiement ou de retrait. C'est une activité très lucrative,

dangereuse pour le délinquant au regard des peines encourues et susceptible de porter atteinte à l'économie tout entière, et de déstabiliser l'économie du pays.

La dernière catégorie est l'incrimination du sabotage des ressources naturelles. L'exploitation abusive de la mine, l'abattage irrégulier des arbres, l'élevage et la pêche non scientifiques et la pollution atmosphérique et celle des sources d'eau sont susceptibles de détruire la base de substance de l'économie et de la subsistance de l'humanité. L'atteinte aux ressources naturelles est souvent irrémédiable. C'est pourquoi la sanction sera sévère en la matière.

Par rapport aux deux premières écoles, nous sommes plutôt de l'avis de l'école éclectique pour deux raisons. D'une part, la délimitation au sens étroit de la notion de «criminalité économique» et du champ d'application du droit pénal économique ne peut répondre au besoin actuel d'une société moderne, dans laquelle la criminalité dans le domaine économique et des affaires est devenue de plus en plus spécialisée, intellectualisée et complexe qui constitue aussi un grand défi pour le droit pénal traditionnel. D'autre part, si la délimitation au sens large signifie une compréhension totale sans distinction entre les atteintes aux biens au sens général et les atteintes à l'économie, l'étude spécialisée du droit pénal économique perdrait de son sens.

452. Il faut cependant faire état de ce que la doctrine occidentale en droit pénal économique est plus logique que celle du droit chinois. Le cas français l'a bien illustré.

D'abord, le «Lamy Droit pénal des affaires» est pris en France pour une accumulation complète de textes épars et d'analyses diverses. La rédaction du «Lamy Droit pénal des affaires» a été confiée à une large palette d'auteurs d'origines diverses, universitaires, juristes de sociétés, avocats ou juges, une vingtaine de spécialistes, tous étant des «*praticiens très hautement spécialisés*». Chacun a apporté son expertise, fruit de ses recherches et de sa pratique. «*L'une des motivations principales des auteurs et de l'Editeur résulte de la volonté de combler l'absence sur le marché d'une source d'information complète et parfaitement à jour apportant les solutions concrètes que les professionnels attendent pour traiter les questions de plus en plus nombreuses et complexes de droit répressif auxquelles ils sont couramment confrontés*»⁵⁹⁸. Ce travail d'analyse ne peut se faire qu'à partir des textes légaux définissant les infractions, ce qui justifie leur reproduction

systematique, car l'interprétation stricte de la loi pénale impose une rigueur d'analyse renforcée dans la qualification des infractions, imposant l'examen des incriminations une à une, en passant en revue chacun des éléments constitutifs des délits⁵⁹⁹.

Par rapport au «Lamy Droit pénal des affaires», un mémento de Fabienne GHELFI-TASTEVIN – «*Droit pénal économique et des affaires*» offre une vision synthétique et une approche didactique de ce droit à la fois riche et complexe. L'auteur classe les infractions et délits en trois catégories⁶⁰⁰ au lieu de cinq comme la doctrine chinoise. Bien que l'auteur ait exclu certaines infractions du mémento, en raison de leur trop grande spécificité, il n'a pas nié le fait que ces infractions relèvent du droit pénal économique et des affaires, comme les infractions douanières, les infractions au droit de l'environnement ou au droit du travail. Sans doute la doctrine française ou d'autres pays occidentaux en matière de droit pénal économique pourrait-elle inspirer les recherches chinoises en l'espèce.

Du côté de la doctrine chinoise, pour divergentes qu'elles soient, les opinions convergent vers un commun accord sur les éléments constitutifs de la criminalité économique.

3) Commun accord sur les éléments constitutifs du crime économique

453. Nous déduisons de la diversité des notions données par les chercheurs chinois que toute la criminalité économique dispose de points communs qui sont en effet ses éléments constitutifs.

- éléments matériels :

⁵⁹⁸ Claude DUCOULOUX-FAVARD, "Avant-propos" de Lamy Droit penal des affaires, Wolters Kluwer France, 2008.

⁵⁹⁹ Claude DUCOULOUX-FAVARD, *op.cit.*

⁶⁰⁰ La première est consacrée aux infractions partagées avec le droit commun qui sont les atteintes aux biens, tels le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, et le recel, et les atteintes à l'autorité de l'Etat, tels que la corruption, le trafic d'influence, la fabrication et l'usage de faux.

La seconde a mis l'accent sur les acteurs du marché économique : indépendamment de toute relation avec leurs partenaires ou concurrents, les professionnels sont assujettis à de nombreuses obligations pénalement sanctionnées. Plusieurs d'entre les infractions sont communes à tous les agents économiques (inscription au registre du commerce et des sociétés, tenue d'une comptabilité...); d'autres sont spécifiques aux sociétés commerciales (émission régulière d'action, présentation de comptes annuels exacts, information des porteurs de titres...).

La troisième étudie les infractions et délits portant atteintes au fonctionnement du marché. Sont envisagées les infractions relatives aux échanges économiques entre professionnels ou entre professionnels et consommateurs (abus de domination, concentration, fraudes informatiques, refus de vente, publicité mensongère ou comparative...), celles qui concernent l'offre commerciale sur les différents marchés (tromperies sur les produits, falsifications, usure, délit d'initiés...), et celles qui peuvent être commises lorsqu'une entreprise est en difficulté (banqueroute et délits connexes). Fabienne GHELFI-TASTEVIN, *Droit pénal économique et des affaires*, édition Gualino, 2001.

Il suppose, au préalable, l'existence d'un acte qui a transgressé les règles économiques (la loi ou le règlement administratif dans la gestion économique et financière ou les transactions commerciales).

Il suppose ensuite un préjudice, matériel ou moral, existant ou éventuel. Ce préjudice a altéré ou risque d'altérer la relation économique entre professionnels, ou entre professionnels et consommateurs, ou même entre l'autorité administrative et son administré ; et de distordre le libre jeu du marché, l'ordre de gestion économique, l'ordre financier et commercial.

L'infraction et le délit doivent avoir lieu dans le domaine économique, à savoir, le domaine de la production, de la distribution, des échanges, de la consommation et dans le domaine de la gestion économique de l'Etat.

- élément moral :

La conscience et la volonté de l'auteur d'accomplir un acte ou de s'en abstenir en contrepartie d'un avantage accepté ou sollicité sont nécessaires dans presque tous les délits économiques. L'intention coupable vise à se procurer des intérêts, des profits, ou des avantages illégaux.

Au final, il n'est pas facile de donner une définition précise et complète de l'acte économique incriminé portant atteinte à la sécurité économique, et qui mérite d'être puni par la peine en droit pénal. Reste que la criminalité économique, si elle implique bien une faute intentionnelle et délibérée, est effectivement le comportement qui détruit l'ordre économique en transgressant la loi et le règlement de l'Etat pour procurer des profits illégaux à son auteur. Il incombe ainsi à celui-ci d'endosser la responsabilité pénale selon la loi⁶⁰¹.

2. La structure du droit pénal économique de la Chine

1) Le cadre législatif du droit pénal économique

454. En vertu des textes de la Partie II de la Loi pénale de 2009, version de la dernière modification, le cadre législatif du droit pénal économique est constitué par les chapitres suivants : le chapitre III intitulé « *Délits sabotant l'ordre économique du marché socialiste* » est consacré aux huit groupes de délits en huit sections, où sont énumérés respectivement les délits de contrefaçon, de contrebande, d'entrave à l'ordre de gestion sociale et de la personne morale, délits sabotant l'ordre de gestion

⁶⁰¹ GAO Mingxuan et WANG Zuofu, *Encyclopédie de la criminalité économique en Chine*, Edition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 1995, p.37.

financière, délits de l'escroquerie financière, délits de la mise en danger de la gestion de la perception d'impôt, de l'empiétement sur les droits de la propriété intellectuelle, de la perturbation et du trouble de l'ordre du marché, etc. ; le chapitre V intitulé « *Délits portant atteinte aux biens* » avec 13 articles dont les articles 271, 272, 273 sont consacrés aux délits de l'usurpation par le pouvoir et du détournement de fonds par le pouvoir dont le criminel supposé détient⁶⁰² ; la section 6 du chapitre VI consacrée aux délits de la destruction des sources naturelles et environnementales ; le chapitre VIII à la corruption et au « pot-de-vin » et d'autres délits prévus par le truchement de « Décision » ou « Révision » du Comité permanent de l'APN.

2) Les caractéristiques du droit pénal économique de Chine

455. Les caractéristiques du droit pénal économique de Chine peuvent être synthétisées en cinq aspects :

Premièrement, le cadre du droit pénal économique de Chine contient presque toutes les infractions surgissant en matière économique et des affaires. L'approche législative pour de nouvelles infractions est assez souple et opportune. Pour répondre aux besoins de la sécurité économique, le Comité permanent de l'APN dispose du pouvoir législatif afin de légiférer au cas par cas. La modification de 1997 de la Loi pénale est en effet un effort de codification des législations au cours des années de réforme.

Deuxièmement, la position du droit pénal économique dans la famille du droit pénal est fortement renforcée, si bien que les organes de l'investigation pénale en matière économique et des affaires ont été séparés et mis à côté de l'organe traditionnel de l'investigation pénale. Autrement, c'était l'organe de sûreté publique qui disposait du pouvoir d'enquête sur toutes sortes d'infractions pénales ou délits. Aujourd'hui, le pouvoir d'enquête est partagé entre trois organes d'Etat :

L'organe de sûreté publique se charge de l'enquête sur des délits sabotant l'ordre économique du marché socialiste (prévus dans le chapitre III de Partie II de la Loi pénale), sur les délits de l'usurpation en fonction du pouvoir et du détournement de fonds en fonction du pouvoir prévus par les articles 271, 272, 273 (dans le chapitre V intitulé « *Délits portant atteinte aux biens* ») et sur les délits de la destruction des sources naturelles et environnementales (la section 6 du chapitre VI) ; le parquet populaire se charge des délits concernant la corruption et le « pot-de-vin » (délits

⁶⁰² En effet, ces deux sortes délits sont similaires au trafic d'influence en terme français.

prévus dans chapitre VIII) ; la juridiction peut enquêter dans l'action privée sur les empiétement de la propriété intellectuelle, la production et distribution des produits contrefaits, et l'appropriation en fonction du pouvoir de manière moins grave, etc.

Troisièmement, la dualité de la criminalité de la personne morale a été reconnue en Chine. Dans la plupart des délits commis par les professionnels (souvent les sociétés), non seulement la société elle-même s'est vu infliger la sanction pénale (comme l'amende pénale), mais aussi la personne physique (le représentant légal, d'autres personnes mandataires) qui subit sa responsabilité pénale à son tour, soit la sanction pécuniaire, soit l'emprisonnement.

Quatrièmement, la sanction pécuniaire a été généralisée aux délits ou infractions économiques. Dans la sanction des délits économiques, la pratique courante est d'ajouter à la peine principale la peine complémentaire, à savoir, l'amende pénale ou la confiscation des biens illégaux.

Cinquièmement, le droit économique s'entremêle avec le droit administratif de l'économie et des affaires. Presque tous les délits économiques ont transgressé la loi ou les règles administratives correspondantes, par exemple, le délit d'entraver la gestion sociale et d'entreprise contrevient à la Loi des sociétés, le délit financier viole la Loi sur la Banque commerciale, le délit de l'imposition enfreint la Loi sur l'impôt, la contrebande enfreint à la Loi de douane, le délit portant préjudice à la propriété intellectuelle transgresse la Loi du brevet, etc. Par contre, dans ces lois administratives de l'économie et des affaires est instituée sans exception une clause, un article ou même une section consacré à la responsabilité légale des actes illégaux prévus par la loi, qui dispose que lorsque une infraction a été constatée et que les circonstances sont graves, l'auteur de l'infraction voit engagé sa responsabilité pénale.

En tout état de cause, le droit pénal économique, malgré la nature spécifique du droit pénal, est basé sur le droit administratif à l'échelon de l'économie et des affaires. De même, la sanction pénale pour les acteurs des infractions économiques dans le cadre du droit pénal économique ne doit pas être la seule et première arme pour protéger la santé économique du marché, et pour inciter au développement de l'économie en raison de sa sévérité.

3) Les principes des pratiques jurisprudentielles

456. La modernisation du droit pénal économique se résume pour les tribunaux populaires en quelques principes dans leurs pratiques jurisprudentielles :

Le principe de modération. La sanction pénale est une puissante arme de répression en ce qui concerne les délits et les infractions pénales qui portent atteinte au développement de l'économie de marché. Cependant, elle est une épée à double tranchant. L'emploi démesuré de cette arme portera inévitablement des effets négatifs sur l'environnement économique de libre concurrence, en constituant une interférence néfaste aux activités économiques créatives et une entrave à la vitalité et à la dynamique du marché.

Le principe de modération pose ses exigences tant à la législation qu'à la juridiction que la modalité du droit pénal ou de la sanction pénale n'est indispensable qu'au cas où d'autres modalités administratives ou civiles ne sont pas assez puissantes pour réprimer les vagues de certains délits ou infractions graves sur le marché. Selon ce principe, c'est à la législation de délimiter rationnellement les confins des délits économiques, et à la juridiction d'appliquer la sanction de nature pénale conformément à la loi écrite. Au lieu de sanctionner toutes les infractions ou tous les délits économiques, le droit pénal ne vise que ceux qui sont prévus clairement dans la loi. Le droit pénal économique en Chine cherche à maintenir l'équilibre entre le développement de l'économie et la protection sociale et la sauvegarde des droits fondamentaux de l'homme par son intervention rationnelle et mesurée dans l'économie du marché.

William Godwin avait dit qu'«il est absurde *de prendre l'emploi à l'excès de la sanction pénale comme une source de progrès de l'humanité. Le véritable homme politique s'efforce de minimaliser le champs d'application du droit de peine et de diminuer l'occasion de l'employer, car l'augmentation de l'occasion de l'emploi de la peine n'est pas du tout la meilleure formule de remède à la dégradation morale.*»⁶⁰³ Sans doute, cette opinion coïncide avec la doctrine confucianiste.

457. Le principe d'adoucissement et d'atténuation. L'atténuation des peines est une tendance du développement judiciaire dans le monde entier. Y demeurent deux raisons. L'une est que à la différence des crimes de violence, tels que le homicide, l'incendie, le vol et le viol, etc. qui portent atteinte de manière grave ou irréversible à la sécurité publique et à la vie humaine, la majorité des délits économiques ne visent qu'aux intérêts économiques, ne portent que des dommages matériels qui pourraient être restitués ou indemnisés par le moyen pécuniaire ou les biens économiques. L'autre raison ne peut pas être négligée qui veut que le respect de la vie humaine règne de plus en plus dans l'esprit

des travailleurs juridiques et des leaders politiques. En l'occurrence, il est indispensable pour le droit pénal économique de se pencher sur la sauvegarde des droits fondamentaux de l'homme, sur le respect de la vie humaine. En effet, *«l'adoucissement des peines constitue un reflet du progrès de la civilisation de l'humanité, du véritable développement économique de la région et de la réalisation de la valeur de la vie humaine.»*⁶⁰⁴

Un progrès remarquable dans la juridiction des affaires pénales est l'application unifiée de l'approbation de la peine de mort par la Cour populaire suprême à partir du 1 janvier 2007. L'abolition totale de la peine de mort est irréaliste pour l'heure en Chine. Cependant, la politique pénale en matière de peine capitale qui est axée sur le principe de circonspection et de réduction de l'utilisation de la peine de mort exige l'abolition de la peine capitale en matière de délits économiques. Ainsi, l'institution de la peine capitale pour les délits fiscaux avec établissement de fausses factures sur la valeur ajoutée sollicite la critique unanime de tous les juristes chinois. Ceux-ci appellent unanimement l'abolition de la peine de mort sur les délits de fausse facture de TVA et exhortent au respect du principe de circonspection dans l'exercice de la peine de mort dans le domaine économique. Selon ce principe, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances aggravantes ou atténuantes, y compris le montant d'intérêts illégaux, la gravité de l'effet social, la malveillance, l'attitude de repentance, la réaction de la masse populaire, etc. Ils ont pris conscience que *«se fier à la peine de mort et à la peine sévère dans le domaine économique est une attitude inacceptable, que ce qui compte pour le Gouvernement est l'amélioration de sa capacité d'aménagement et d'administration.»*⁶⁰⁵

458. Le principe de l'introduction de la peine qualificative à côté de la peine afflictive et infamante. En effet, la majorité des délits économiques sont commis par ceux qui disposent d'une qualification professionnelle. Avec leur qualification professionnelle, des agents économiques ou des fonctionnaires administratifs peuvent, souvent sans difficulté, se procurer des intérêts illégaux. De ce chef, il est nécessaire de les dépouiller de leurs titres, de leurs droits en leur imposant l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou sociale ou d'exercer une fonction publique.

Comme le droit pénal français, la peine qualificative appartient à la peine complémentaire. Cependant, dans les textes du droit pénal chinois en matière de peine

⁶⁰³ William Godwin, *Enquiry concerning Political Justice, and its Influence on General Virtue and Happiness* en 1793.

⁶⁰⁴ ZHANG Rui, *Les principes du droit pénal économique en Chine*, Réseau d'information juridique de l'Université de Pékin,

⁶⁰⁵ CHEN Xingliang, *op.cit.*

complémentaire, il n'existe que deux peines, à savoir, l'expulsion du territoire chinois ou l'interdiction de séjour à l'égard des étrangers, et l'interdiction des droits politiques qui porte sur le droit de vote et l'éligibilité. L'interdiction de séjour visant l'étranger est plutôt, par nature, une mesure de sûreté destinée à éviter des infractions futures dans le domaine économique, à moins qu'elle ne soit utilisée par le juge comme une peine principale, rétributive et dissuasive en substitut d'une peine d'emprisonnement, tandis que l'interdiction des droits politiques ne s'applique qu'au cas de corruption de nature grave et vicieuse. C'est ainsi que dans un contexte où la peine principale s'adoucit et si la tendance à l'abolition de la peine capitale se confirme, l'introduction de la peine qualificative devient opportune et souhaitable. Force est de constater, pour le moment, que la plupart des décisions sur l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale sont prononcées par les autorités compétentes comme des mesures administratives souvent plus sévères que la condamnation pénale.

459. Le principe d'allier l'indulgence à la sévérité. La politique pénale d'allier l'indulgence à la sévérité dans l'application de la loi pénale est soulignée chaque fois dans le rapport de travail de la Cour populaire suprême et du Parquet populaire suprême. Autant dire que la politique pénale appelle des lectures plurielles du travail des organes judiciaires à différents échelons : pousser les contrevenants, les suspects ou les criminels à se livrer ou se dénoncer à la justice, à se repentir et à rendre les biens détournés ou à réparer les dommages volontairement et de leur propre chef, par la combinaison du jugement de la juridiction avec l'éducation juridique et la rectification du quartier ; encourager la réconciliation et l'introduction du trafic entre le demandeur et le défendeur, dans les cas où la nocivité de l'acte illégal n'est pas importante, ou l'auteur n'a pas eu de mauvaise intention, si l'attitude de repentance est sincère et authentique, et si l'auteur de l'acte illégal a été pardonné moralement par la victime.

Ainsi, la meilleure illustration de ce principe est le projet de modification de la Loi pénale⁶⁰⁶ relative aux délits fiscaux. Effectivement, si le projet a pour finalité de réprimer les infractions fiscales, afin de maintenir l'ordre de la perception de l'impôt, il lui adjoint un texte aux termes duquel «*Pour la première faute dans le domaine fiscal, les contrevenants qui répondent à la demande d'avertissement de l'administration fiscale et ont accepté la sanction administrative en payant rétroactivement la somme due et*

⁶⁰⁶ Ce projet a été présenté à la 4^e session du Comité permanent de la 10^e APN en mars 2006.

l'amende pour paiement en retard, ne seront pas condamnés à subir la responsabilité pénale.»

460. Le principe de coordination du droit pénal et du droit administratif économique. Dans le développement de l'économie de marché, c'est en effet le droit économique administratif qui constitue comme un régulateur du marché. Chaque loi spéciale dans le domaine économique donné joue un rôle normatif et régulateur. C'est le cas des lois sur les sociétés, les impôts, les banques commerciales, les titres, les marques, les contrats, le prix et la qualité du produit, etc. L'efficacité du droit pénal économique dépend beaucoup de la coordination avec le droit économique administratif. Cette coordination se traduit par des concepts communs, concernant l'infraction pénale économique et par la coordination des sanctions. Il n'est pas rare de constater que la responsabilité administrative et celle du droit pénal coexistent, un même fait pouvant avoir une double qualification : il peut constituer une infraction pénale tout en constituant un délit administratif. La coordination des sanctions permet d'éviter une divergence entre le juge administratif et le juge pénal.

II. La sanction pénale éventuelle en droit de la concurrence en Chine

461. En tant que modalité importante dans le système juridique de la responsabilité, l'institution de la responsabilité pénale constitue un élément important de l'efficacité de l'application de la loi concernée. C'est ainsi que la Loi antimonopole de 2007 de la Chine ne peut ignorer l'effet du mécanisme de la responsabilité pénale. La responsabilité pénale dans la Loi antimonopole de 2007 se retienne à deux niveaux : l'un concerne la sanction applicable aux entreprises (**A**), l'autre la sanction relative aux fonctionnaires des autorités compétentes en matière de concurrence (**B**).

A. Sanctions applicables aux entreprises

462. La sanction est susceptible d'être infligée aux entreprises dans deux cas. Le premier cas est prévu par l'article 52 de la Loi antimonopole de 2007, le deuxième cas concerne les dispositions de sanctions pénales aux entreprises pour les actes illégaux prévus par la Loi pénale de 1997.

1. L'article 52 de la Loi antimonopole de 2007

463. L'article 52 de la Loi antimonopole ne prévoit les sanctions aux entreprises qu'en cas de mauvaise conduite au cours de la procédure. Aux termes de cet article, dans le cadre des examens et enquêtes menés par les autorités compétentes en matière

de concurrence, celles-ci enjoignent aux entreprises de rectifier la situation et imposent une amende de moins de 20 000 yuans RMB (approximativement 2,000 euros) pour les personnes physiques ou une amende de moins de 200 000 yuans (approximativement 20,000 euros) aux personnes morales ou lorsque les circonstances sont graves ; les autorités compétentes en matière de concurrence imposent une amende comprise entre 20 000 yuans et 100 000 yuans aux personnes physiques ou une amende de 200 000 yuans à 1 million de yuans aux personnes morales, leur responsabilité pénale pouvant également être engagée, dans les cas suivants :

- les entreprises refusent de soumettre les documents ou informations pertinentes aux autorités compétentes ;
- les entreprises ont soumis des documents ou informations frauduleux aux autorités ;
- les entreprises ont caché, détruit ou soustrait des preuves ;
- les entreprises ont fait obstruction au déroulement de l'enquête d'une quelconque manière.

Quant aux infractions des entreprises aux règles positives de la concurrence, telles que l'entente, l'abus de position dominante, la fixation des prix de revente, la limitation des volumes de production ou de vente, la répartition des marchés de vente ou d'approvisionnement, la restriction de l'accès à de nouvelles technologies, le boycott collectif, etc., n'entrent pas dans le champ pénal. Autrement dit, la Loi antimonopole ne pénalise que les mauvaises conduites des entreprises dans la procédure de l'enquête.

2. Sanctions pénales prévues par la Loi pénale

464. Sont consacrés aux infractions des entreprises à l'égard de leurs comportements économiques sur le marché les articles 221, 222, 223, 226 de la Loi pénale de 1997. Les articles 221, 222 et 226 concernent les pratiques restrictives de la Loi contre la concurrence déloyale, tandis que l'article 223 prohibe l'entente sur le marché public, particulièrement la complicité dans l'appel d'offre publique.

L'article 221 vise les messages mensongers qui tendent à détruire la réputation commerciale ou du produit des concurrents. Même si de telles pratiques sont nuisibles à la concurrence et portent atteinte à l'ordre économique du marché, elles ne sont pas toutes sanctionnées par la modalité pénale. Lorsque la circonstance de l'infraction est

grave et que l'infraction a causé de grands dommages à la victime concurrente, l'auteur de l'infraction se verra infliger une peine d'au plus deux ans d'emprisonnement et des amendes pénales.

L'article 222 impose la sanction pénale aux professionnels publicitaires, aux agences publicitaires et aux entreprises qui ont transgressé la Loi sur la publicité et les règles administratives relatives à la publicité de manière grave en publiant une information mensongère sur les produits ou le service pour persuader les clients d'acquérir des biens ou des services pouvant ne pas correspondre à leurs besoins ou attentes. L'auteur de la publicité trompeuse dans une circonstance grave sera sanctionné d'au plus deux ans d'emprisonnement et d'une amende pénale conjointement ou séparément.

Le commerce forcé prévu par l'article 226 de la Loi pénale désigne l'achat ou la vente forcée et menacée des biens, la prestation ou l'acceptation forcée et menacée des services qui porte atteinte de manière grave à la liberté de choix des consommateurs et à la liberté de transaction des professionnels. L'auteur de cette infraction sera puni de trois ans d'emprisonnement, conjointement ou séparément avec l'amende pénale.

Effectivement, l'entente ou la connivence dans l'offre publique est plus pertinente aux pratiques anticoncurrentielles prévues par la Loi antimonopole. Cependant, au lieu d'être un dispositif de la loi précitée, l'interdiction de la connivence dans l'offre publique constitue l'article 223 de la Loi pénale. Puisque la complicité entre certains soumissionnaires à l'offre publique est nuisible de manière grave à la concurrence dans le marché public, et porte atteinte à la fois à l'adjudicateur et d'autres soumissionnaires qui ne sont pas dans le complot, les auteurs de cette complicité seront sanctionnés de trois ans d'emprisonnement, conjointement ou séparément avec l'amende pénale.

B. Sanctions applicables aux fonctionnaires des autorités antimonopolistes

1. L'article 54 de la Loi antimonopole de 2007

465. L'article 54 de la Loi antimonopole de 2007 dispose que *«lorsque les fonctionnaires des autorités compétentes de la concurrence abusent de leurs prérogatives de puissance publique ou du pouvoir en fonction de leur mission, manquent à leurs devoirs, font de fausses déclarations ou divulguent les informations confidentielles obtenues au cours de la procédure et qu'un crime est commis, ces*

fonctionnaires engagent leur responsabilité pénale. Si aucun crime n'est commis, seules des mesures disciplinaires sont prises.»

Cet article correspond aux dispositions de la Loi pénale de 1997 concernant les délits de prévarication des fonctionnaires de l'Etat⁶⁰⁷. D'après l'article 398 de la Loi pénale, lorsque le fonctionnaire divulgue les informations étatiques, il sera sanctionné de trois à sept ans d'emprisonnement, tandis que l'article 417 impose une sanction un peu plus sévère de trois à dix ans d'emprisonnement au fonctionnaire qui divulgue aux prévenus l'information dont la divulgation est interdite.

2. Mesures disciplinaires pour les fonctionnaires

466. En ce qui concerne la mesure disciplinaire qui relève du champ de la sanction administrative, il est normal que le chef hiérarchique des autorités compétentes de la concurrence ait le pouvoir d'imposer une sanction au fonctionnaire qui a commis une faute dans l'exercice de ses fonctions. Les sanctions disciplinaires applicables au fonctionnaire en droit chinois ne sont pas très différentes de celles prévues dans le droit français. L'article 66 du Statut général de la Fonction publique de la France a énuméré les sanctions disciplinaires réparties en quatre catégories ; ce sont 1) l'avertissement et le blâme ; 2) la radiation du tableau d'avancement, l'abaissement d'échelon, l'exclusion temporaire pour une durée de 15 jours maximum, le déplacement d'office ; 3) la rétrogradation, l'exclusion pour une durée de 6 mois à 2 ans ; 4) la mise à la retraite d'office et la révocation.⁶⁰⁸ Cependant, en Chine, la décision de sanctions disciplinaires graves qui comprennent la révocation, l'exclusion, la mise à la retraite d'office, est exclue du champ du contentieux administratif. En vertu de l'article 12 alinéa 3 de la Loi sur le contentieux administratif, *« les décisions prises par les organes administratifs à l'encontre des agents de l'administration dans les matières suivantes, telles que la récompense, la sanction, la nomination et la révocation, sont exclues du contrôle du juge »*.

En définitive, il ressort des dispositions susmentionnées que l'institution de la responsabilité pénale dans la Loi antimonopole a pour finalité de garantir l'application administrative de la loi par les autorités compétentes en matière de concurrence. C'est ainsi que les pratiques anticoncurrentielles, telles que les ententes (les accords horizontaux et verticaux), l'abus de position dominante et la

⁶⁰⁷ Chapitre 9, de l'article 397 à l'article 419 de la loi pénale.

⁶⁰⁸ CE 14 janvier 1916, Camino, RDP, 1917.463, concl., CORNEILLE, note G. JEZE.

concentration, sont principalement dissuadées par la sanction administrative. Au sens strict des textes législatifs, en limitant strictement le champ d'application de la sanction pénale aux pratiques anticoncurrentielles, le législateur chinois dépénalise totalement, et depuis la naissance de la loi précitée, les pratiques anticoncurrentielles. Ce peut être une manifestation de la volonté du législateur chinois de suivre la tendance mondiale en la matière. Sans doute cela ne fut-il pas sans susciter des controverses dans le milieu universitaire. Cependant, après quelques débats, la dépénalisation des pratiques anticoncurrentielles a fini par être approuvée unanimement⁶⁰⁹. Ainsi, la Loi antimonopole de 2007 n'a pas connu le processus du développement de la dépénalisation du droit de la concurrence comme les pays occidentaux, en particulier la France⁶¹⁰.

§3. *Sanctions administratives*

467. La sanction administrative est le moyen le plus souvent utilisé par l'administration pour assurer l'exécution des règles de droit. Il convient d'étudier dans un premier temps le régime juridique des sanctions administratives en droit chinois (I) avant l'étude spéciale des sanctions administratives en droit de la concurrence (II).

I. Régime juridique des sanctions administratives

468. Conformément à l'article 11 de la Loi sur le contentieux administratif de 1989, les sept catégories d'actes administratifs concrets qui sont soumis au contrôle du juge par le biais d'un recours en annulation peuvent être regroupés au titre de la

⁶⁰⁹ Cf. SHAO Jiandong, *La Chine doit instituer le régime de la sanction pénale dans la Loi antimonopole*, in Revue académique de l'Université de Nankin (Science humaine, sociale et philosophique), 2004, 4°.

LI Guohai, *Sur le principe de la circonspection de sanction pénale dans l'application de la Loi antimonopole-la dépénalisation dans le droit antimonopole*, in Etude du droit et du commerce, 2006, N°1.

ZHU Ciwun, *Réfléchir sur l'antimonopole, il faut instituer un système modéré du droit antimonopole en Chine*, in Revue académique de l'Université QingHua, 2003, n°2.

⁶¹⁰ En France, ce n'est qu'à partir des années 1953-1955 que des dispositions tendant à la réglementation de la libre concurrence sont apparues. Elles cohabitaient d'ailleurs avec la réglementation des prix au sein de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945. Le droit de la concurrence, pourtant considéré comme un principe fondamental du Traité de Rome, n'apparaissait pas vraiment. L'apport essentiel de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 a été de prolonger et d'accélérer l'évolution du droit. En particulier, cette ordonnance a dépénalisé certains comportements se présentant comme des pratiques restrictives, qui ont été considérés comme des fautes civiles dénommées. Ainsi, les conditions de vente ou des modalités de vente discriminatoires, ou des refus de vente entre commerçants n'ont plus été des infractions pénales. En revanche, les reventes à perte, les dispositions concernant le marquage et l'affichage des prix, le refus de vendre à un consommateur, les ventes liées sont toujours pénalisées par la responsabilité pénale. Cependant, la modernisation du droit pénal de la concurrence ne cesse de se poursuivre. « A la suite des travaux de la « Commission Canivet » relatifs, notamment, à la transparence dans les conditions générales de vente et à la revente à perte, la loi du 2 août 2005 a procédé à différentes retouches dans le droit pénal de la concurrence ». Voir, Bernard BOULOC, « La modernisation du droit pénal de la concurrence », Revue Lamy de la Concurrence, Avril /juin, 2006, N° 7. p.42.

sanction administrative en deux groupes: les mesures administratives répressives (A) et les mesures administratives de coercition (B).

A. Mesures administratives répressives

469. Les mesures administratives répressives sont la modalité principale de sanction administrative en droit chinois qui est une punition prononcée par une autorité administrative à l'égard des administrés dont le comportement illégal n'atteint toutefois pas encore la gravité d'une infraction pénale. La sanction administrative est omniprésente, car presque tous les textes normatifs sont assortis d'un chapitre dit «*responsabilité juridique et sanction*», comportant essentiellement des sanctions administratives.

1. Les formes des mesures administratives répressives

470. Selon la Loi sur la Sanction administrative de 1996⁶¹¹, le pouvoir de sanction est délégué à certaines autorités administratives et ne peut être attribué que par un texte normatif exprès. Par exemple, l'autorité de la sécurité publique, investie du pouvoir de sanction dans le but de préserver l'ordre public, n'a pas de pouvoir de sanction à l'égard des ententes ou des abus de position dominante qui violent les règles de la Loi antimonopole.

En ce qui concerne les formes de sanction administrative, dans l'article 11.1.1 de la Loi sur le Contentieux administratif, le législateur n'a mentionné que cinq formes : la détention administrative, l'amende, la suspension ou le retrait d'autorisation ou de licence, la sommation d'arrêter la production ou la prestation, la confiscation des gains illégaux. Malgré une pensée doctrinale considérant qu'il s'agissait d'une énumération exhaustive⁶¹², dans la jurisprudence, la forme d'une reconnaissance de faute et d'un engagement de ne plus récidiver est entrée dans le champ d'application de l'article 11.1.8 de la Loi sur le Contentieux administratif. et Loi sur la Sanction administrative affirme que le juge administratif est compétent pour connaître de tout litige dirigé contre un acte administratif concret produisant des effets juridiques sur les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux des administrés.⁶¹³ Les autorités

⁶¹¹ La loi est adoptée le 17 mars 1996 lors de la 4^e réunion de la 8^e APN, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1996.

⁶¹² *M. Zhang Bangxi c / Commissariat de Luzhou*, in Recueil d'affaires exemplaires (contentieux administratifs) n°10, Institut de Droit pratique de la Cour suprême de Chine, éditions du système juridique de Chine, septembre 2000, p.38.

⁶¹³ L'article 8 de la Loi sur la Sanction administrative prévoit que «la sanction administrative peut prendre les formes suivantes : l'avertissement, l'amende, la confiscation des gains illégaux, la sommation d'arrêter la production ou la prestation, la suspension ou le retrait d'autorisation ou de licence, la détention administrative.

administratives chinoises peuvent aussi infliger des sanctions privatives de liberté, à savoir une détention administrative de 15 jours.

2. La distinction entre la détention administrative et pénale

471. «La détention administrative» (‘行政拘留’, ‘*xingzheng jiliu*’) et «la détention pénale» (‘刑事拘留’, ‘*xingshi jiliu*’) sont deux mesures coercitives qui peuvent être prises par l’organe de sécurité publique. Mais, la première, en tant que forme de sanction administrative, ne peut être prononcée par la police qu’au bout d’une procédure administrative. Quant à la seconde, considérée comme une mesure pénale de coercition et équivalant à la garde à vue en droit français, elle intervient, en principe, au cours de la poursuite judiciaire des prévenus, notamment à l’encontre des délinquants pris en flagrant délit ou des suspects avant que l’arrestation soit officiellement autorisée par le Parquet.

En bref, même si le législateur chinois a limité les formes de sanction au nombre de six, n’oublions pas que la loi spéciale et le règlement administratif peuvent déterminer des formes de sanction administrative en dehors de celles expressément prévues dans la Loi sur la Sanction administrative.

B. Les mesures administratives de coercition

472. Pour contrôler une situation illégale et dangereuse, le législateur chinois a conféré à l’administration l’attribution de prendre des mesures forcées ou des mesures de coercition (‘强制措施’, ‘*qiangzhi cuoshi*’), qui restreignent temporairement les droits et libertés des intéressés.

En fonction de leur objet, les mesures forcées administratives pourraient être regroupées en trois catégories. La première catégorie comprend les mesures qui limitent la liberté individuelle de la personne concernée, telles que la rétention pour renvoi (‘收容遣送’, ‘*shourong qiansong*’), la rétention pour enquête (‘收容审查’, ‘*shourong shencha*’), etc; la deuxième catégorie concerne les mesures qui empêchent la libre utilisation et circulation des biens des intéressés : la saisie ou le gel de biens ou de fonds, la démolition forcée des constructions illégales; la troisième catégorie

En dehors des formes de sanction prévues par ladite loi, la loi et le règlement administratif peuvent en déterminer d’autres formes.»

comprend les mesures administratives d'exécution d'office (‘行政强制执行’, ‘*xingzheng qiangzhi zhixing*’).

L'exécution des actes décisifs de l'administration en droit chinois est en principe assurée par le tribunal populaire et le recours à l'exécution forcée des décisions administratives n'est ouvert qu'exceptionnellement à l'administration. Par exemple, l'exécution d'office des décisions fiscales est autorisée par la loi sur la procédure fiscale du 4 septembre 1992 et celle des décisions douanières par la loi douanière.

Les mesures d'exécution d'office sont prises comme une partie des mesures forcées dans la mesure où l'exécution d'office se réalise nécessairement par le biais des mesures forcées⁶¹⁴. Par exemple, à l'encontre de l'administré qui refuse de payer l'amende qu'elle lui a infligée, l'autorité administrative compétente peut ordonner un virement forcé. Sur le plan du contentieux administratif, pour un administré prétendant être lésé dans ses droits par une mesure d'exécution d'office, il pourrait saisir le juge en invoquant l'article 11.1.2 de la Loi sur le Contentieux administratif.

II. Sanctions administratives dans la Loi antimonopole de 2007

473. L'omniprésence de la sanction administrative se traduit par un chapitre nommé «*responsabilité juridique et la sanction*» à tous les textes normatifs, dans lequel sont retenus essentiellement des sanctions administratives. La Loi antimonopole de 2007 comprend un chapitre intitulé «*responsabilité juridique*» (chapitre VII) qui comporte 9 articles (de l'article 46 à l'article 54) concernant les sanctions administratives aux entreprises **(A)** et les abus du pouvoir administratif **(B)**.

A. Les formes de la sanction administrative aux entreprises

474. Dans l'application de la Loi antimonopole, les formes éventuelles de la sanction administrative des autorités compétentes de la concurrence ne dépassent pas les bornes de l'article 8 de la Loi sur la Sanction administrative qui énumère de manière non exhaustive six formes de sanction administrative. Les formes de sanction que les autorités compétentes de la concurrence sont habilitées à prendre par les articles 46 et 47 de la Loi antimonopole, sont l'injonction d'arrêter la production ou la prestation, la confiscation des gains illégaux, l'amende, la suspension ou le retrait d'autorisation ou de licence.

⁶¹⁴ LUO Haocai et YING Songnian (dir.), *Science du droit administratif*, édition de l'Université de Sciences politique et juridique de Chine, 1989. p.201.

L'injonction d'arrêter les actes illégaux : Aux termes des articles 46 et 47 de la Loi antimonopole de 2007, lorsqu'une entreprise conclut et met en œuvre un accord anticoncurrentiel que ce soit l'accord horizontal ou vertical relevant de l'article 13 ou 14 de ladite loi, ou lorsqu'une entreprise abuse de sa position dominante en arrivant à contrôler le prix, la quantité de produits ou d'autres conditions commerciales sur le marché pertinent, ou de bloquer ou de limiter l'entrée d'autres entreprises sur ce marché en violation des dispositions de l'article 17 de ladite loi, la première mesure que prennent les autorités compétentes de la concurrence est d'émettre l'injonction de cesser les pratiques illégales, anticoncurrentielles et prohibées à l'entreprise contrevenante.

L'effet direct de l'injonction de la cessation des pratiques anticoncurrentielles des entreprises a pour but de réduire la gravité des dommages subis par la victime qui est souvent le consommateur et l'entreprise concurrente. Le fait que cette mesure soit mise avant toutes autres formes de sanction dans les articles 46 et 47 montre la volonté et la détermination du législateur chinois de protéger le bien-être du consommateur, la liberté du commerce des agents économiques et le libre jeu de concurrence sur le marché.

La confiscation des gains illégaux : La confiscation des gains illégaux est la deuxième mesure de sanction dans l'ordre de rédaction du texte des articles 46 et 47 de la Loi précitée, sanction prise par les autorités de concurrence vi-à-vis des entreprises qui violent les dispositions des articles 13, 14 et 17 en ce qui concerne les ententes des entreprises et l'abus de la position dominante.

Aux termes de l'article 121 de la Loi des procédures civiles, les gains illégaux confisqués vont à la trésorerie de l'Etat, s'ils sont espèces en liquide, et à la vente publique aux enchères organisée par l'organisme correspondant s'il s'agit des biens matériels mobiles ou immobiliers.

L'amende : La mesure de l'amende est non seulement applicable aux pratiques anticoncurrentielles, telles les ententes prohibées et l'abus de dominance, mais aussi aux concentrations illégales.

Selon l'article 46 de la loi précitée, lorsqu'une entreprise conclut et met en œuvre un accord anticoncurrentiel en violation des dispositions de ladite loi, les autorités de concurrence lui imposeront une amende de 1% à 10% du chiffre d'affaires réalisé l'année précédant la décision. Si l'accord anticoncurrentiel n'a pas été mis en œuvre, une amende de 500 000 yuans (approximativement 50 000 euros) au maximum peut

être imposée. Lorsqu'une association commerciale organise entre ses adhérents un accord anticoncurrentiel en violation des dispositions de ladite loi, les autorités de concurrence peuvent l'imposer une amende s'élevant au maximum à 500 000 yuans.

Quant aux abus de position dominante, l'article 47 de la loi précitée dispose que *« lorsqu'une entreprise abuse de sa position dominante sur le marché en violation des dispositions de la présente loi, l'autorité de concurrence ... impose une amende de 1% à 10% du chiffre d'affaires réalisé l'année précédant la décision »*.

S'agissant de concentrations illégales, en vertu de l'article 48, lorsqu'une entreprise met en œuvre une concentration en violation des dispositions de la loi précitée, l'autorité de concurrence lui imposera une amende de 500 000 yuans au maximum.

La fixation du montant des amendes est à l'appréciation discrétionnaire des autorités antimonopolistiques. D'après l'article 49 de la Loi antimonopole de 2007, pour déterminer le montant des sanctions imposées sur le fondement des articles 46 à 48, les autorités antimonopolistiques tiennent compte de la nature, de l'étendue et de la durée de l'infraction.

Le retrait d'autorisation ou de licence : La forme du retrait d'autorisation ou de licence ne s'applique qu'au cas de l'association commerciale. Selon l'article 46 alinéa 3, lorsqu'une association commerciale organise entre ses adhérents un accord anticoncurrentiel en violation de ladite loi, l'autorité antimonopolistique peut imposer une amende s'élevant au maximum à 500 000 yuans. Si les circonstances sont graves, l'autorité d'enregistrement des groupes sociaux en cause peut retirer l'enregistrement de l'association.

Les autres formes de sanctions correspondant à la Loi antimonopole : Selon l'article 8 de la Loi sur la Sanction administrative, en dehors des six formes de sanction prévues par la présente loi, *« la loi et le règlement administratif peuvent en déterminer d'autres formes. »* Ainsi, la Loi antimonopole de 2007 prescrit quelques formes spécifiques de sanction administrative qui ne sont applicables qu'aux concentrations illégales (art.48). Lorsqu'une entreprise met en œuvre une concentration en violation de la Loi antimonopole, les autorités antimonopolistiques enjoignent aux entreprises de renoncer à la concentration, de disposer des actions et actifs concernés, de transférer l'entreprise acquise ou d'adopter les mesures nécessaires pour restaurer la situation du marché telle qu'elle était avant la concentration. Ainsi, les remèdes structurel et comportemental se complètent l'un et l'autre dans le contrôle de la concentration.

B. Les formes de sanction administrative aux abus de pouvoirs administratifs

1. Sanction aux abus de pouvoir des autres administrations

475. L'abus de pouvoir, devenu en 1989 un terme juridique employé dans le droit positif chinois ⁶¹⁵, a été entendu comme un exercice illégitime du pouvoir administratif en raison de la recherche d'un but autre que celui pour lequel le pouvoir a été confié à l'administration. En l'absence d'un consensus sur la définition théorique de l'abus de pouvoir, il sera sans doute utile d'exposer les différents cas de figure de cette notion dans la pratique judiciaire.

La première manifestation de l'abus de pouvoir est la recherche d'intérêts privés en détournant les attributions administratives ('以权谋私', 'yiquan mousi'). En tant que partie importante du pouvoir exécutif de l'Etat, l'administration est instituée pour l'intérêt général. Toutes ses activités devraient ainsi se résumer dans la recherche de l'intérêt général. Cependant, des administrateurs ou des fonctionnaires détenant du pouvoir public se laissent souvent tenter d'exercer le pouvoir administratif pour obtenir des profits illégaux.

D'autres manifestations de l'abus de pouvoir sont l'appréciation arbitraire face à des éléments de fait ('武断专横', 'wuduan zhuanheng'), l'attitude inconstante dans l'administration dans le temps ('反复无常', 'fanfu wuchang'), l'inertie ou l'aterrissement intentionnel ('故意拖延', 'guyi tuoyan') et les persécutions exercées par l'autorité administrative sur les administrés ('人身迫害', 'renshen pohai').

En vertu de l'article 54 de la Loi sur le Contentieux administratif de 1989, le contrôle juridictionnel de l'administration est l'annulation des actes administratifs pour abus de pouvoir par le juge administratif. Pourtant, ce pouvoir d'annulation et de sanction des actes de l'abus administratif n'est pas seulement attribué au juge administratif, les autorités hiérarchiquement supérieures sont aussi dotées du pouvoir de prendre des mesures de sanction, selon la disposition de la Loi antimonopole de 2007, et les autorités compétentes de la concurrence peuvent aussi surveiller les abus administratifs des autres administrations à l'égard de la concurrence, du fonctionnement du marché.

⁶¹⁵ L'article 54 de la Loi sur les Contentieux administratifs de 1989.

Aux termes de l'article 51 de la Loi antimonopole de 2007, «lorsqu'une autorité administrative ou organisation habilitée par la loi ou un règlement pour administrer des affaires publiques abuse de ses pouvoirs administratifs pour éliminer ou restreindre la concurrence, l'autorité hiérarchique lui enjoint de rectifier la situation et impose des sanctions aux personnes physiques et morales directement responsables. Les autorités compétentes de concurrence peuvent faire des recommandations au supérieur hiérarchique sur la suite à donner à l'affaire.»

2. Sanctions applicables aux fonctionnaires des autorités antimonopolistiques

476. Outre l'abus de pouvoir exercé par d'autres administrations ou par des fonctionnaires des autres administrations, les fonctionnaires des autorités compétentes de la concurrence sont aussi susceptibles d'abuser de leur pouvoir dans le domaine de la concurrence du marché. Visant cette possibilité, l'article 54 de la Loi antimonopole dispose que lorsque les fonctionnaires des autorités compétentes de concurrence abusent de leurs prérogatives de puissance publique, manquent à leurs devoirs, font de fausses déclarations ou divulguent les informations confidentielles obtenues au cours de la procédure, des mesures disciplinaires sont prises envers les fonctionnaires contrevenants. Si un crime est commis, ces fonctionnaires engagent leur responsabilité pénale.

Ces mesures disciplinaires selon la gravité de l'infraction à l'égard de l'abus administratif sont l'avertissement, le blâme, l'exclusion temporaire, l'abaissement d'échelon et rétrogradation, et la mise à la retraite d'office et la révocation.

Seconde Partie LA MISE EN PLACE D'UN SYSTEME EFFICACE DU DROIT DE LA CONCURRENCE EN CHINE

477. La réforme économique de l'Etat chinois qui a pour finalité d'établir l'économie de marché se traduit par deux conceptions : l'une est l'établissement des conditions de la libre concurrence sur le marché chinois (qui constitue le contenu de la première partie de cet ouvrage) ; l'autre est la mise en place d'un système du droit des marchés concurrentiels, c'est-à-dire le droit de la concurrence au sens large, pour encourager et préserver la concurrence. Ce droit chinois des marchés concurrentiels comprend l'ensemble des règles applicables aux pratiques des acteurs économiques sur le marché, qui affectent ou sont susceptibles d'affecter un marché soumis à la concurrence. Les dispositions de ce droit comportent deux groupes essentiels de règles. Le premier groupe de dispositions légales organise un contrôle *a priori* des structures du marché (**Titre I**). C'est un contrôle préventif des dommages faits aux marchés par les concentrations d'entreprises. Le second ensemble de règles organise un contrôle *a posteriori* des comportements des acteurs économiques. Les pratiques anticoncurrentielles, la concurrence déloyale et l'abus des droits de propriété industrielle sont interdites (**Titre II**).

TITRE I LE CONTROLE DES STRUCTURES

478. «*Pour qu'il soit utile que la lourde et automatique machine du contrôle des concentrations se déclenche, il faut que l'opération en vaille la peine, le justifie à première vue par son ampleur.* »⁶¹⁶ Cependant, pendant ces dernières trente deux années de réforme économique, les entreprises chinoises ont mis trente ans pour atteindre une ampleur contrôlable par la machine du contrôle des concentrations qui n'a elle-même que deux ans. Le développement rapide des entreprises chinoises nous incite à examiner dans un premier temps la politique d'encouragement des concentrations d'entreprises en Chine (**Chapitre 1**), puis dans un second temps la politique de contrôle de ces concentrations des entreprises (**Chapitre 2**).

⁶¹⁶Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet, *Droit de la concurrence*, Edition DALLOZ, 2006. p.296.

Chapitre 1 La politique d'encouragement des concentrations d'entreprises

479. La politique chinoise pour encourager les concentrations d'entreprises se traduit d'abord par la réforme du système d'entreprise moderne qui a pour but de faire naître des acteurs économiques autonomes sur le marché chinois (**Section 1**). Sur la base de la reconnaissance des statuts juridiques de ces acteurs économiques, la mise en place d'une politique qui encourage la fusion et l'acquisition d'entreprises n'a pour objectif que d'accroître leur ampleur et leur compétitivité sur le marché intérieur et mondial (**Section 2**).

Section 1 Réformes du système d'entreprises

480. Dans l'économie de marché, la société est la cheville ouvrière de l'activité économique. Vis-à-vis de la concurrence des sociétés multinationales sur le marché tant national que mondial, l'Etat Chinois cherche à encourager la stratégie de la concentration des entreprises chinoises. Ainsi, l'évolution de la politique d'entreprises en Chine reflète deux préoccupations du développement économique, à savoir, l'amélioration de l'efficacité économique des entreprises nationales par la reconnaissance des statuts juridiques de ces différentes entités économiques sur le marché chinois (§1) et l'augmentation de la compétitivité des entreprises nationales par une politique de multiplication des concentrations (fusions et acquisitions entre entreprises chinoises et/ou étrangères) (§2).

§1. Acteurs économiques dans le droit chinois des sociétés

481. Les acteurs économiques dans le droit chinois des sociétés désignent principalement les entreprises qui font l'objet de la réforme du système des entreprises modernes. Cette réforme s'exprime lors de la reconnaissance des statuts juridiques de différentes formes d'entreprises (**II**) or la notion même d'entreprise est à l'origine de beaucoup de confusion avec celle de « société » en Chine : ces deux notions doivent donc, avant toute chose, être clarifiées (**I**).

I. Distinction entre la notion d'«entreprise» et celle de «société»

482. L'entreprise est une des notions clés du droit commercial, le principal sujet du droit de la concurrence et le seul du droit de la concentration. Elle a été

historiquement la première structure *ad hoc* mise en place pour accueillir les investissements étrangers. Mais si le rôle de cette notion est bien connu, paradoxalement, un certain flou semble régner lorsqu'il s'agit d'en déterminer le contenu, ainsi qu'une certaine confusion lorsque l'on parle de la société en Chine. En effet, la distinction entre la notion d'entreprise et celle de société prend une position particulièrement importante en Chine, puisqu'à chaque type d'entité économique du marché correspond une loi spécifique qui la régit.

Un consensus sur la notion d'entreprise satisfaisant à la fois les milieux des juristes et des économistes, veut que l'entreprise soit définie à la fois au sens large et au sens strict. Le sens large de l'entreprise s'attache exclusivement au caractère économique de l'activité exercée. Ainsi, toute personne physique qui exerce une activité économique est une entreprise. En termes plus concrets empruntés à la définition française faite par Madame le Professeur Anne Tercinet, « *l'entreprise est une entité exerçant une activité économique et dotée d'une autonomie suffisante de décision pour la détermination de son comportement sur le marché, que cette entité soit une personne physique, une personne morale ou un (ensemble) de moyens humains et matériels sans personnalité juridique.* »⁶¹⁷

483. Au sens strict, la qualification d'entreprise procède d'un critère organique. Ainsi, une entité sociale est-elle une entreprise. Ce sens soulève souvent une confusion entre l'entreprise et la société. S'il n'y a aucun doute qu'une société est une entreprise, en revanche, toute entreprise n'est pas une société. En droit chinois l'entreprise non-sociale ('非公司性企业', '*feigongsixing qiye*') se distingue de la société ('公司', '*gongsi*') par cinq volets :

Premièrement, le principe de constitution est différent. La constitution d'une société, qu'elle soit une société à responsabilité limitée ou une société par action, résulte de la signature obligatoire de statuts⁶¹⁸ par tous les associés ou fondateurs (art. 11, Loi des sociétés de 2005). Le fait d'omettre, dans l'acte de création de la société, la déclaration concernant la répartition des parts sociales, la libération des parts ou le

⁶¹⁷ Anne TERCINET, *Droit européen de la concurrence - Opportunités et menaces*, Gualino éditeur, Paris 2000. p.12.

⁶¹⁸ Les statuts doivent contenir un certain nombre de mentions obligatoires : la forme juridique, la durée, la dénomination, le siège social, l'objet, le capital social, la répartition des parts et des bénéfices ou pertes, l'évaluation des apports en nature, le fonctionnement de la société, le gérant et ses pouvoirs, le mode de transmission des parts, ainsi que la périodicité de la consultation des associés, la majorité nécessaire pour la prise de décision et, enfin toutes autres choses nécessaires à décider entre les associés par la voie de consultation collective.

dépôt de fonds est la cause directe de l'échec de l'enregistrement au registre du commerce et des sociétés (à l'AIC)(art.25, Loi des sociétés de 2005). L'entreprise non sociale en Chine peut se classer en deux catégories, à savoir, l'entreprise étatique et l'entreprise non-étatique (collective et privée). L'entreprise étatique a été historiquement la force directrice de l'économie nationale chinoise au sens propre du régime de l'économie planifiée et une manifestation concrète du système de la propriété publique socialiste (art.7, la Constitution de 1982, amendement de 2004). Elle a été instituée par une directive ou instruction du Gouvernement central chinois. Le dirigeant de l'entreprise est désigné par le Gouvernement. Quant à l'entreprise collective, il y a une distinction entre l'entreprise collective rurale et l'entreprise collective urbaine. La première est fondée sur l'accord d'exploitation forfaitaire familiale pour exploiter les parcelles individuelles, les champs de montagne individuels, et afin de se livrer à des activités familiales agricoles et à l'élevage. La deuxième, concernant l'artisanat, l'industrie, la construction, le transport, le commerce et les services en milieu urbain, est issue d'une demande de l'acteur économique collectif adressée à l'AIC locale.

Deuxièmement, les rapports du personnel au sein de l'unité économique sont différents. Les associés d'une société sont liés par leurs apports à la société. Par exemple, la SARL est une société d'une nature juridique mixte, à mi-distance des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux dans lesquelles l'engagement des associés est limité au montant des apports. Quant à l'entreprise non-sociale, si l'entreprise étatique se caractérise par un rapport du personnel de dirigeant à dirigé, l'entreprise collective ou privée est, typiquement, une unité économique de personnes, car elle est constituée souvent des membres d'une famille ou de personnes proches. C'est une confiance réciproque qui les lie au sein de l'entreprise collective. De même, l'entreprise en participation est constituée par plusieurs entrepreneurs individuels qui veulent réaliser ensemble un chantier en apportant des capitaux et leur savoir-faire et se partager les bénéfices résultant de l'opération mais ne veulent pas envisager pour autant d'officialiser leur accord en immatriculant leur organisation.

Troisièmement, le statut juridique de chaque type d'unité économique est différent. Toutes les sociétés ont le statut juridique de personne morale qui leur permet d'assumer indépendamment leur responsabilité civile envers un tiers. Par contre, les entreprises non-sociales n'ont pas de qualité de personne morale, donc pas de patrimoine.

Quatrièmement, la responsabilité des personnes fondatrices de l'unité économique est différente. Dans une société, qu'elle soit SARL ou SA, la responsabilité des associés est limitée à leurs apports. Au contraire, dans l'entreprise étatique, c'est l'Etat ou bien les actifs étatiques qui assument une responsabilité illimitée. Quant à l'entreprise collective ou privée, la responsabilité des associés est indéfinie et solidaire ou conjointe.

Cinquièmement, le montant du capital et la modalité des apports sont différents. Le montant du capital d'une société est au minimum de 30 mille yuans (approximativement à 3 mille euros) pour la SARL, 5 million de yuans (environ 500 000 euros) pour la SA (art.26 et 81, Loi des sociétés de 2005). Le montant du capital est divisé en parts sociales égales ou en actions d'une valeur nominale libre, fixée par les associés. Les apports des associés d'une société peuvent être en nature, en numéraire et en industrie. Par contre, pour l'entreprise collective ou privée, le capital est librement fixé par les associés qui peuvent apporter leurs services comme apports au capital de l'entreprise.

En définitive, la notion d'entreprise ('企业', 'qiye') en Chine a une nature mixte tantôt elle désigne une société constituée selon la Loi des sociétés de 2005, tantôt elle désigne toutes sortes d'entités économiques (société et entreprise non-sociale). Reste qu'en droit de la concurrence, l'entreprise prend un sens plus large. En tant que sujet du droit de la concurrence, elle peut être une entité de personne physique, morale ou «un ensemble de moyens humains et matériels sans personnalité juridique» exerçant une activité économique. S'y ajoute une autre condition en cas de restructuration d'entreprise, à savoir la continuité économique et fonctionnelle de l'entité qui pourrait justifier le transfert de responsabilité d'une personne juridique à l'autre.

Il faut du temps pour passer de la politique d'encouragement de la concentration des entreprises à la loi contrôlant les concentrations ; en même temps, la politique de concentration des entreprises aura varié selon les différents types d'entreprise.

II. Formes des entreprises existantes et leurs statuts juridiques

484. À partir de la fin des années 70, les entreprises publiques commencent à perdre le monopole du secteur industriel en Chine, les entreprises mixtes et privées font leur apparition et leur nombre se multiplie rapidement. Parmi ces diverses formes d'entreprise on trouve l'unité individuelle ou familiale de l'industrie et du commerce en urbain et en rural ('城镇个体工商户', 'chengzheng geti gongshang hu'), l'entreprise

privée en partenariat (‘私人合伙企业’, ‘*siren hehuo qiye*’), l’entreprise unipersonnelle (‘个人独资企业’, ‘*geren duzi qiye*’), l’entreprise en partenariat par actions (‘股份制合伙企业’, ‘*gufenzhi hehuo qiye*’), la société à responsabilité limitée (SARL, ‘有限责任公司’, ‘*youxian zeren gongsi*’), la société unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL, ‘一人有限责任公司’, ‘*yiren youxian zeren gongsi*’), la société anonyme (SA, ‘股份有限公司’, ‘*gufen youxian zeren gongsi*’) et la société à capital exclusivement étatique (‘国有独资公司’, ‘*guoyou duzi gongsi*’), etc. Selon leurs statuts juridiques, il convient de les regrouper en deux grandes catégories: celle d’unités économiques de structure non-sociale (A) et celle d’unités économiques de structure sociale comme la société à responsabilité limitée et la société par actions (B).

A. Unités économiques de structure non-sociale

1. Unité individuelle ou familiale de l’industrie et du commerce en urbain et en rural (‘城镇个体工商户’, ‘*chengzheng geti gongshang hu*’)

485. Les entreprises individuelles sont les premières entités économiques de droit privé, qui ont joué un rôle capital pendant les premières années du processus de transition de l’économie planifiée à l’économie de marché. Aujourd’hui encore, elles restent la structure préférée de ceux qui font leurs premiers pas dans le monde des affaires. Ses domaines d’activité sont souvent dans des secteurs plus ou moins délaissés par les entreprises publiques, tels que la distribution de biens de consommation ou de services de proximité. Les deux premiers types d’entreprises individuelles ou familiales, à savoir, l’entreprise individuelle urbaine⁶¹⁹ et l’entreprise individuelle rurale⁶²⁰, furent instaurées d’abord par des règlements administratifs du CAE

Le législateur n’étant intervenu que quelques années plus tard, les Principes généraux du droit civil de la République populaire de Chine de 1986 entérinent

⁶¹⁹ Le règlement du 7 juillet 1981 du Conseil des Affaires d’Etat, sur «Certains dispositions d’ordre politique concernant l’économie individuelle urbaine non agricole» («关于城镇非农业个体经济若干政策性规定») permit aux jeunes chômeurs citadins ou les retraités de présenter une demande auprès des autorités de quartier et de l’administration de l’industrie ou du commerce pour s’installer comme entrepreneur individuel.

⁶²⁰ Dans le monde rural, basée sur le système de responsabilité forfaitaire de l’exploitation familiale de la terre, qui se substituait à l’exploitation commune organisée par les brigades, l’entité individuelle rurale fut créée par «Des dispositions sur l’industrie et le commerce individuels dans la campagne» («关于农村个体工商的若干规定») du 27 février 1984. Ce texte permit aux agriculteurs d’exercer des activités non agricoles (industrie, commerce,

légalement l'unité familiale industrielle et commerciale ('个体工商户', 'geti gongshang hu') (art.26) et l'unité familiale rurale ('农村承包户', 'nongcun chengbao hu')(art.27). En vertu de l'article 29, le législateur chinois a instauré le régime de responsabilité illimitée pour les entreprises individuelles, en prenant soin de distinguer deux cas de figure : l'un pour l'exploitation à titre individuel, l'autre pour l'exploitation à titre familial. Ainsi, l'entrepreneur répondra du passif de l'entreprise sur ses biens propres si l'unité est exploitée à son nom propre ; si l'unité est exploitée au nom de la famille, c'est l'ensemble des biens familiaux qui est engagé.

Le « Règlement provisoire de la gestion des entreprises privées »⁶²¹ promulgué par le CAE du 25 juin 1988, est toujours en vigueur et pris pour complément des Principes généraux du droit civil à propos de l'installation des entreprises. Ce texte se veut plus protecteur des droits des entreprises privées. Ainsi, l'entreprise dispose d'un droit d'usage exclusif sur son enseigne dans le domaine de ses activités ; l'entrepreneur assume de manière autonome la gestion et fixe lui-même le prix de ses produits ou de ses services ; il peut demander au nom de l'entreprise l'enregistrement de brevets et de marques commerciales... (art.21). Il est même permis aux entreprises privées de conclure des accords de coopération avec des investisseurs étrangers ou de créer des joint-ventures (art.22).

2. *Entreprise privée en partenariat* ('私人合伙企业', 'siren hehuo qiye')

486. La loi régissant les entreprises privées en partenariat a été adoptée le 23 février 1997 par la 24^e Session du Comité permanent de la 8^e Assemblée nationale.

Conformément à la loi précitée, les entreprises privées en partenariat sont à but lucratif et sont constituées par les contrats écrits de tous les associés, qui s'entourent des principes d'autonomie de la volonté et d'égalité des parties, d'équité et de bonne foi. Les associés peuvent également convenir des modalités de règlement de leurs différends. Les associés (deux au minimum), personnes physiques ou morales, de l'entreprise privée en partenariat sont responsables solidairement et indéfiniment des dettes de la société. Tout type d'apport est autorisé (numéraire, nature, industrie). Les actifs seront gérés et exploités collectivement par les associés qui n'ont en principe

prestation de service). Ils peuvent recruter comme l'entrepreneur individuel urbain un ou deux assistants ainsi que des apprentis dont le nombre était limité à cinq.

⁶²¹ «中华人民共和国私营企业暂行条例».

pas la faculté de demander le partage du patrimoine de l'entreprise sauf à liquider l'entreprise.

3. *Entreprise unipersonnelle* (‘个人独资企业’, ‘geren duzi qiye’)

487. La Loi sur les entreprises unipersonnelles du 30 août 1999 a pour but de compléter les Principes généraux de droit civil de 1986 et le Règlement du CAE de 1988. En vertu du texte, seule une personne physique peut faire des apports et constituer une entreprise unipersonnelle. Quant au niveau de la responsabilité, une distinction est faite selon que l'entreprise est exploitée au nom de l'entrepreneur ou au nom de sa famille. D'ailleurs, l'entreprise unipersonnelle est autorisée à créer des succursales dont elle assume l'entière responsabilité civile (art.14). Ainsi pourrait-elle investir dans une autre entité économique, en tant qu'associée de celle-ci.

4. *Entreprise en partenariat par actions* (‘股份制合伙企业’, ‘gufenzhi hehuo qiye’)

488. Le partenariat par actions qui est mis en pratique dans les petites entreprises d'Etat et de propriété collective peut s'expliquer par ce qui suit : les employés de l'entreprise achètent une fois pour toutes les biens productifs de celle-ci et les divisent en actions qui leur sont réparties. Il s'agit en effet d'un système coopératif par actions. En réalité, la vente de l'actif des entreprises d'Etat et l'application du partenariat par action dans ces dernières sont autorisées par le Gouvernement central. Le partenariat par actions n'est qu'une nouvelle version de « l'économie collective », et il un système de propriété individuelle basé sur la propriété publique.

B. Unités économiques de structure sociale

1. *Société à responsabilité limitée (SARL, ‘有限责任公司’, ‘youxian zeren gongsi’)*

489. Créée par le législateur chinois en 1993, la SARL pluripersonnelle est la forme juridique de société la plus utilisée car les associés ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Les amendements de 2005⁶²² n'imposent plus de

⁶²² En effet, la Loi des sociétés de 1993 a subi plusieurs amendements, tels que l'amendement du 25 décembre 1999 et ensuite du 28 août 2004 et enfin du 27 octobre 2005 avec effet au 1^{er} janvier 2006.

différents capitaux minima aux sociétés exerçant respectivement une activité de distribution de détail ou de production/distribution de gros⁶²³.

En vertu du texte de la nouvelle loi, les sociétés à responsabilité limitée jouissent de la qualité de personne morale. En tant qu'apporteurs de capitaux, les associés jouissent au *pro rata* de leurs apports au capital social des droits de propriétaires, dont ceux de recevoir les bénéfices, de prendre les décisions importantes et de désigner les dirigeants. La société est titulaire des droits de propriété sur ses actifs, en jouit et supporte les obligations, en conformité avec les lois et règlements. Les sociétés fonctionnent en autonomie et sont responsables de leurs pertes et profits. En réponse aux besoins du marché, elles organisent leurs productions en cherchant à améliorer l'efficacité économique, la productivité des travailleurs, la préservation et l'appréciation des actifs de la société.

Les sociétés à responsabilité limitée pluripersonnelle sont constituées par 2 associés au minimum jusqu'à 50 au maximum (art.24). Le capital social de toute société correspond au montant des apports effectifs des associés. Sauf disposition législative ou réglementaire spécifique, le capital social minimum de toute société correspond à 30.000 yuans.

490. Les apports au capital social se font sous forme de numéraire, en nature à travers des biens matériels, des droits de propriété intellectuelle, des droits à tout savoir-faire non breveté, ou encore sous forme de droits d'exploitation de la terre. Les parts sociales représentatives des apports en numéraire doivent être libérées d'au moins un tiers de leur montant. Tout bien, meuble ou immeuble, corporel ou incorporel, peut être apporté en pleine propriété, en usufruit ou en jouissance. Par principe, les apports en nature doivent être évalués par un expert selon la loi concernant l'évaluation des biens. (art.27). Les apports au capital social sont matérialisés par des certificats à chaque associé et une société à responsabilité limitée naît lors de l'émission de la licence d'exploitation par l'AIC qui a procédé à son registre, après avoir répondu à toutes les conditions de fond et de forme

Une société peut investir dans une autre et sa responsabilité sera limitée au montant de ses apports à cette dernière. Elle assume toute la responsabilité civile ou commerciale dans l'activité de ses succursales ('分公司', '*fengongsi*'). Elle pourrait se

⁶²³ Pour rappel, il était précédemment fixé à 300 000 et 500 000 yuans pour les sociétés à responsabilité limitée, selon qu'elles exerçaient respectivement une activité de distribution de détail ou production/distribution de gros et à 10 000 000 yuans pour les sociétés anonymes.

dérober à toutes les responsabilités à l'égard de ses filiales ('子公司', 'zigongsi') ayant le statut d'entreprise de personne morale ('企业法人', 'qiye faren'). Les succursales de sociétés à responsabilité limitée doivent noter sur le registre de l'AIC locale en tant que telles. Chaque succursale est titulaire de sa propre licence d'exploitation.

Les parts des associés sont librement cessibles entre les associés. En cas d'augmentation du capital social, les associés jouissent d'un droit de préemption en proportion de leurs apports au capital social. Les cessions aux tiers doivent faire l'objet de l'agrément par la majorité des associés et les associés non-consentants supportent l'obligation de racheter les parts dans les conditions proposées par le tiers à l'associé cédant, faute de quoi ils sont considérés comme ayant consenti à la cession. Même en cas d'agrément de la cession, les associés autres que le cédant jouissent toujours d'un droit de préemption. Les cessions de parts sont enregistrées sur le registre de la société.

2. Société anonyme (SA, '股份有限公司', 'gufen youxian zeren gongsi')

491. Conformément à la Loi des Sociétés de 2005, il existe deux façons de constituer une société anonyme en Chine : l'une est la souscription totale par les associés des actions de la société, l'autre, l'appel public à l'épargne. Outre les conditions de forme, la constitution d'une SA est soumise à des conditions de fond:

SA ne faisant pas appel public à l'épargne	SA faisant appel public à l'épargne
Définition (art.78 loi des Sociétés) : le capital de la société est divisé en actions qui sont totalement souscrites par tous les associés, ne supportant les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Le nombre des associés ne peut être inférieur à deux, ni supérieur à deux cents, dont la moitié doit avoir un domicile ('住所', 'zhusuo') dans le territoire chinois.	(art.78 et 85) Les associés souscrivent une partie des actions sociales qui ne peut être inférieure à 35% des actions totales, ensuite font l'appel public à l'épargne pour le reste. L'émission de l'instrument financier dans le public en ayant recours, soit à la publicité, soit à des établissements de crédit ou à des prestations de service d'investissement.

Conditions de fond

Il faut remplir les conditions des dispositifs du chapitre 4 des Principes généraux du Droit civil de 1989 : consentement non vicié, capacité, objet, cause. Un mineur, un incapable majeur en tutelle, un étranger peuvent être associés. Les personnes morales peuvent aussi être associées dans une SA.

L'objet doit être licite et moral :

Il est obligatoire d'adopter le statut pour une SA.

Il faut remplir les conditions de l'article 81 de la Loi des Sociétés de 2005 : associés, apports :

- nombre d'associés : 2 minimum, 200 maximum,
 - capital minimum : 5 000 000 de yuan (approximativement 500 000 euros)
 - apports : en numéraire, en nature et en industrie, même en droit d'exploitation de terre ;
 - la souscription doit être intégrale ; la libération des apports doit être effectuée, de 20% pour la première fois, le reste dans les deux ans pour la SA ordinaire et dans 5 ans pour la SA d'investissement ;
- la mention de la valeur nominale des actions dans les statuts est obligatoire.

Les fondateurs de la société SA sont responsables solidairement de tous les dépens et obligations de la société en formation au cas de non constitution de la société SA (art.94).

3. Société unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL, '一人有限责任公司', 'yiren youxian zeren gongsi')

492. L'existence légale de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) résulte de la section 3 du chapitre 2 de la Loi des Sociétés de 2005: « *La société unipersonnelle à responsabilité limitée est une société à responsabilité limitée dont l'associé unique peut être une personne physique ou une personne morale.* » (art.58-2) et « *une personne physique ne peut être associé unique de plusieurs sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée. Cette société unipersonnelle ne peut être associée unique d'une autre EURL.* » (art.59-2)⁶²⁴. Cependant, une SA ou une SARL pluripersonnelle peut être société mère de plusieurs SARL unipersonnelles.

Le capital minimum est de 100 000 yuan RMB (approximativement 10 000 euros). L'associé unique doit libérer ses apports au capital social une fois pour toutes, selon les statuts. L'associé unique n'est tenu responsable des pertes qu'au patrimoine social. Mais, « *si l'associé unique ne peut justifier la séparation du patrimoine*

⁶²⁴ C'est là la différence législative entre la France et la Chine à l'égard de l'EURL.

personnel du patrimoine social, son patrimoine personnel assume solidairement avec le patrimoine social la responsabilité de la dette sociale»(art.64).

Outre les clauses propres aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée, les clauses communes des SARL sont aussi applicables à la SARL unipersonnelle.

4. Société à capital exclusivement étatique (SCE, ‘*国有独资公司*, ‘*guoyou duzi gongsi*’)

493. La Loi des Sociétés de 2005 consacre particulièrement la section 4 de son chapitre 2 à l’entreprise à capital exclusivement étatique. Il s’agit des sociétés à responsabilité limitée *sui generis*, car l’unique associé est l’Etat, et sans l’assemblée générale, la responsabilité sociale est assumée par la Commission de l’administration des actifs d’Etat (CAAE) qui se réserve toujours la faculté de décision dans les affaires importantes de la société. Pourtant, en ce qui concerne la fusion, la dissolution, l’augmentation ou la diminution de capital social, s’il s’agit des sociétés extrêmement importantes pour l’économie nationale ou régionale, c’est le gouvernement, central ou local qui a le dernier mot.

§2. Politiques des Groupes d’entreprises

494. Dans la vague de concentration des entreprises au niveau national, encouragée par l’Etat chinois, le Gouvernement central ainsi que les entreprises ont leurs propres intérêts et des motivations différentes. La motivation du Gouvernement chinois s’est manifestée par les «Avis sur le groupement et le développement du Groupe d’entreprises» qui font valoir que «*Créer des groupes de sociétés ou d’entreprises d’envergure a une grande portée réelle pour approfondir la réforme du régime économique et pour développer la force productive. Le développement du Groupe de sociétés profite au changement de la structure démodée des entreprises à des fins d’efficacité, à la répartition optimale et rationnelle des facteurs de production et des ressources pour la création de l’économie d’envergure, au progrès technologique et scientifique dans le but d’augmenter la compétitivité d’entreprises nationales en face de la concurrence nationale et mondiale, à la facilité de séparation de macro- contrôle des organes administratifs de la gestion des entreprises pour perfectionner le mécanisme d’exploitation des entreprises.*»⁶²⁵ Du côté des entreprises, les groupes de sociétés ne se sont créés que du plein gré et du libre consentement des entreprises au

⁶²⁵ Publiés conjointement par l’ancienne Commission nationale de la réforme du régime et le Ministère de l’Economie et du Commerce en décembre 1987.

sein du groupe. La raison pour laquelle les entreprises cherchent volontairement à concentrer leurs capitaux, leurs productions, leurs débouchés et leurs sources matérielles et personnelles sous la forme du Groupe réside dans leurs recherches de la force du marché, des traitements préférentiels du Gouvernement central⁶²⁶. La politique du développement des groupes d'entreprises a évolué en raison des intérêts respectifs des entreprises et du Gouvernement chinois (I). Dans le développement des groupes d'entreprises, des questions juridiques demandent une étude approfondie (II).

I. Plusieurs étapes politiques du développement des groupes d'entreprises

495. La politique de groupes d'entreprises a évolué de la première étape de l'initiative d'entreprises encouragée par le Gouvernement (A), à l'étape règlementée par celui-ci (B).

A. Concentration des entreprises par leur propre initiative et poussée par la politique

496. Le premier apport de la réforme de la politique d'ouverture économique pendant la première dizaine d'années, à savoir de 1980 à 1990, est l'élargissement de l'autonomie des entreprises. Les entreprises, disposant d'une autonomie de plus en plus étendue, demandent à leur initiative d'agrandir leurs champs d'activités pour répondre à l'exigence de la concurrence sur le marché, puisque l'économie d'échelle est le meilleur choix pour défier la compétition. En l'occurrence, au niveau national surgissent des unions d'entreprises. La constitution de groupes permet un meilleur développement économique, tout en favorisant la décentralisation des décisions de gestion, le maintien des cultures d'entreprises et une plus grande efficacité sur les marchés locaux. De même, la constitution de grands groupes permet une meilleure adaptabilité et une meilleure spécialisation (services de recherches, services communs des approvisionnements, des débouchés, des sources de financement créant ainsi une économie d'échelle).

N'ayant pas tardé à constater les avantages économiques de cette nouvelle forme économique, le Gouvernement chinois a confirmé pleinement la faisabilité et la légitimité de la forme de l'union entre les entreprises tout en proposant quelques politiques encourageantes par le «Règlement provisoire pour promouvoir l'union des

⁶²⁶ WANG Xuegong, *Etude historique sur la formation des Groupes d'entreprises*, <http://61.138.111.246/xxxx/pages/pagelist.jsp?id=11399>

économies» du CAE en juillet 1980. Cette réaction gouvernementale donnait l'essor à l'union entre les entreprises dans tout le territoire chinois.

La réforme approfondie du régime économique était marquée au milieu des années 80 par la nouvelle tendance de l'union entre les entreprises qui s'est développée en direction du groupe à la fois national et régional. La coopération technique devient le contenu principal des unions entre les entreprises. Une nouvelle structure organique d'entreprise, à savoir le Groupe de sociétés, était en gestation.

En mars 1986, le Groupe de sociétés n'était plus à l'état d'embryon. Le CAE a publié le «Règlement pour promouvoir d'une manière plus approfondie l'union horizontale entre les entreprises», dans lequel il exhorte les entreprises chinoises à développer les groupes d'entreprises à travers l'union entre elles. L'union entre les entreprises autour de l'entreprise de grande envergure et des produits de grande marque et de bonne qualité sera encouragée par le Gouvernement. Le Groupe de sociétés est apparu pour la première fois dans le Dictionnaire de l'économie de la Chine. A cette période, les groupes d'entreprises ne prenaient pas encore de l'envergure, et les membres d'un même groupe n'avaient pas une liaison de dépendance économique l'une envers l'autre, leurs activités respectives étaient éparses et sans gestion harmonieuse. En 1987, l'Etat chinois a commencé à distinguer dans le plan national du développement économique, les unions d'entreprises industrielles de grande envergure qui assument la mission de la construction nationale et qui sont vitales à l'économie nationale et au bien-être du peuple, quelques conditions principales de la formation du Groupe de sociétés étant mises sur pied⁶²⁷.

497. À partir de l'année 1990, le développement de la concentration des entreprises est entré dans une nouvelle période, le changement de la politique sur la concentration des entreprises n'est pas sans laisser des traces au cours des années 90 qui sont divisées en deux périodes : celle du développement à titre d'essai, orienté par le Gouvernement et celle du développement renforcé et réglementé par celui-ci.

1. Développement du groupe pilote des entreprises de 1991 à 1996

⁶²⁷ Par l'«Avis sur le groupement et le développement du groupe de sociétés» en décembre 1987 de l'ancienne Commission nationale de la réforme du régime et le Ministère de l'Economie et du Commerce.

498. En 1991, le CAE entérine la proposition faite dans une conférence⁶²⁸ de choisir quelques entreprises d'envergure pour former des groupes pilotes des entreprises afin d'élever la compétitivité internationale des entreprises nationales⁶²⁹. Par la suite, 57 groupes d'entreprises sont autorisés à se former en unité pilote.

La Communication du CAE de 1991 assortie du « Procédé de la gestion et de l'enregistrement du Groupe pilote des entreprises (à titre d'essai) » de 1992, constitue le fondement réglementaire pour l'établissement du Groupe d'entreprises, puisqu'il contient des conditions et des procédés concrets pour la concentration des entreprises sous forme de Groupes de sociétés. L'effet positif de cette politique d'orientation est confirmé Par le PCC⁶³⁰.

Au mois de décembre 1993 est promulguée la Loi sur les sociétés qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994⁶³¹. L'établissement du Groupe de sociétés n'est plus l'objet de la politique réglementaire, mais celui de réglementation juridique. Le droit des sociétés commence à jouer son rôle de régulation dans la concentration des entreprises en Chine.

2. Développement renforcé de la concentration d'entreprises de 1996 à 2000

499. A partir de l'année 1996, la réforme autour des groupes pilotes d'entreprises s'est approfondie dans la mesure où au lien capital entre les entreprises membres d'un groupe s'est substitué le lien de propriété des actifs. Pour mettre en valeur tous les facteurs positifs d'un Groupe de sociétés d'envergure, et laisser agir la fonction vitale du Groupe de sociétés d'envergure dans l'économie nationale, la « Communication du CAE relative à la proposition d'approfondir le travail sur le groupe pilote des entreprises de grande envergure » de 1997⁶³² confirme la proposition des Commissions concernées d'établir le système moderne de l'entreprise en mettant en valeur la façon d'établir le lien capital entre l'entreprise mère et les entreprises filiales qui est le

⁶²⁸ La conférence nationale des groupes d'entreprises était tenue en mars conjointement par l'ancienne Commission de la réforme du régime, la Commission nationale de Planification et la Commission de la Production du CAE.

⁶²⁹ Circulaire du Conseil des affaires d'Etat relative à la demande de former des groupes pilotes des entreprises d'envergure choisies. (*Guofa* [1991] n°71).

⁶³⁰ En novembre 1993, la 3^e session plénière du Comité central issue du 14^e Congrès du PCC établit le rôle important joué par les groupes d'envergure des entreprises intrarégionales et intrasectorales dans l'économie chinoise, en ce qui concerne l'exploitation des nouvelles techniques et des nouveaux produits, la rentabilité due à l'envergure du groupe et à la compétitivité internationale des entreprises nationales.

⁶³¹ La nouvelle « Loi sur les sociétés » entre en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

⁶³² L'ordonnance n°n° 15[1997] de la CNDR (*Guofa*).

contenu principal du système moderne de l'entreprise. Ce faisant, 63 autres groupes d'entreprises sont autorisés à s'enregistrer comme unité pilote.

En 1998, lorsque le Gouvernement central dresse l'objectif de la réforme de trois ans en ce qui concerne la concentration des entreprises sous forme de Groupes de sociétés, une nouvelle vague très étendue de concentration des entreprises se lève. Parmi les groupes d'entreprises d'importance vitale à l'économie nationale et au bien-être du peuple on compte le Groupe du pétrole et du gaz de Chine, le Groupe d'industrie chimique pétrolière de Chine et le Groupe sidérurgique de *Baogang*, etc.

A la fin de l'année 1999, une autre vague de constitution de groupes de sociétés de grande envergure témoigne de cette réforme d'une manière plus approfondie en matière de concentration. Cela est bien illustré par les dix grands groupes d'entreprises formés par les anciennes entreprises industrielles d'armement et les quatre groupes de sociétés de télécommunication⁶³³.

500. L'objectif triennal de la réforme des entreprises d'État pour sortir de leur difficulté a pour l'essentiel été réalisé. La plupart des grandes et moyennes entreprises d'État ont commencé à établir un système d'entreprise moderne. La tendance mondiale vers l'acquisition, la réorganisation ainsi que la fusion ont non seulement propulsé de grandes entreprises et des groupes de sociétés d'État sur le marché international des capitaux, mais ont aussi entraîné le changement du mécanisme de gestion et l'amélioration de la rentabilité des petites entreprises d'État. Jusqu'en 2000, les entreprises industrielles d'État des 31 provinces, régions autonomes et municipalités relevant directement de l'autorité centrale ont comblé pour l'essentiel leur déficit et ont même accru leurs profits. Parmi les quatorze principaux secteurs que l'État surveille de près, douze avaient comblé dans l'ensemble les pertes ou continué à accroître les profits. On comptait en 1997 6 599 moyennes et grandes entreprises industrielles d'État en déficit. À la fin de 2000, ce chiffre avait diminué de 70%.⁶³⁴

Ainsi, la fusion des entreprises nationales a porté ses fruits au fil des années, puisque dans les secteurs cruciaux et les domaines stratégiques de l'économie

⁶³³ En 2000, la production industrielle présentait un développement accéléré. Sa valeur globale a enregistré une augmentation de 3,957 billions de yuans pour l'année, soit de 9,9% par rapport à l'année précédente. Sur ce chiffre, les groupes de sociétés industrielles d'État et celles dont l'État est le plus important actionnaire, ainsi que les entreprises non gouvernementales dont le chiffre d'affaires annuel dépasse cinq millions de yuans (entreprises industrielles d'envergure) ont réalisé une croissance de 11,4%, soit 2,369 billions de yuans selon les Chiffres du Bureau d'Etat des statistiques de 2000.

⁶³⁴ Chiffres du Bureau d'Etat des statistiques de 2000.

nationale, sont apparus des groupes d'entreprises qui disposent dorénavant d'une compétitivité relativement forte par rapport à l'époque antérieure. Cependant, la concentration des entreprises sous forme de groupe doit bientôt arriver à son terme.

B. Concentration réglementée par le Gouvernement depuis 2001

501. L'adhésion de la Chine à l'OMC oblige les entreprises nationales à relever le défi face aux entreprises multinationales prestigieuses et puissantes sur le marché à la fois national mondial. Cependant, le nombre de groupes de sociétés qui sont capables de concurrencer les entreprises multinationales est insuffisant, malgré leur effort de regroupement. A ce stade, au lieu de mettre l'accent sur la quantité des groupes de sociétés, la politique gouvernementale vise la qualité (la capacité de concurrence et de rénovation technique et la rentabilité) du groupe. L'enjeu des réformes structurelles et institutionnelles en cours depuis 2001, est de restructurer et de concentrer les entreprises de grande envergure et puissantes ('强强联合', '*qiangqiang lianhe*') afin que les entreprises nationales aient la capacité d'aller à la rencontre des entreprises étrangères et multinationales.

En mars 2001, le «Programme national du 10^e quinquennat de l'économie et du développement social»⁶³⁵ a demandé à l'industrie, au commerce, au niveau national de former des entreprises de grande envergure et des groupes de sociétés qui possèdent des marques prestigieuses, des propriétés intellectuelles autonomes, et qui sont dotés d'une puissance importante sur le marché et d'une performance remarquable des entreprises en bourse. Ce programme est ensuite concrétisé en principe de travail, en objectif, en contenu et en exigences par la Directive du CAE en novembre 2001. En mars 2003 est créée la Commission de l'administration des actifs d'Etat (CAAE) consacrée au renforcement des groupes d'entreprises étatiques de grande envergure. L'objectif est clair: une trentaine à une cinquantaine d'entreprises d'Etat d'envergure et de groupes de sociétés ayant une vraie compétitivité internationale doivent être impérativement établis comme colonne vertébrale de l'économie nationale.⁶³⁶ La création de la CAAE encourage et déclenche dès lors une vague de concentrations des

⁶³⁵ Promulgué par la 4^e session de la 9^e Assemblée populaire nationale en mars 2001.

⁶³⁶ M. le Directeur LI Rongrong de la CAAE souligne dans la première session des entreprises étatiques, dès la création de la Commission, que toutes entreprises étatiques doivent entrer dans les premiers trois rangs de leurs secteurs dans les trois ans à compter de 2003, sinon, l'Etat va trouver l'acquéreur pour elles. Au mois de juin 2006, les 196 entreprises étatiques soumises à la Commission sont réduites en 166 d'entreprises étatiques.

entreprises étatiques⁶³⁷. D'après M. LI Rongrong, le Directeur de la CAAE, 196 entreprises étatiques d'envergure soumises à la Commission en 2003 seront réduites au maximum à 100 en 2010. En juillet 2009, il ne reste que 38 entreprises qui n'ont pas encore été regroupées avant l'achèvement de l'objectif de 100 entreprises de grande envergure ou de groupes de sociétés.⁶³⁸ Depuis 2003, chaque année, ont eu lieu environ 10 regroupements ou annexions d'entreprises.

A cette période, les Groupes de sociétés sont beaucoup plus puissants par rapport aux années 80, puisque les entreprises mères et filiales au sein du Groupe sont liées par le capital et du fait que la construction du système des entreprises modernes est achevée.

II. Questions juridiques soulevées par la formation des groupes d'entreprises

502. Puisque les groupes de sociétés ou d'entreprises revêtent une si grande importance économique, il est nécessaire de faire une étude sur les questions juridiques soulevées à propos de la notion de groupe d'entreprises sur le plan légal (A) et au sujet d'autres problèmes juridiques liés à ces groupes (B).

A. Notion juridique de groupe d'entreprises

503. L'étude du groupe d'entreprises offre l'un des exemples les plus flagrants de non-adéquation entre le droit et la vie économique, tant en Chine qu'à l'étranger. Dans la plupart des ordres juridiques, le concept de groupe de sociétés ou d'entreprises appartient à l'économie et à la science politique, mais demeure inconnu du droit positif. En l'absence d'un droit des groupes et d'une jurisprudence spécifique, la notion du groupe d'entreprises fait l'objet de polémiques sur le plan légal en Chine. A cet égard, les expériences européennes pourraient donner quelques inspirations au juriste chinois, car à l'intérieur de l'Union européenne, le droit allemand a donné au groupe de sociétés (Konzern) une structure juridique détaillée et complète, d'une part, et d'autre part, les techniques de participation, de filiales, de

⁶³⁷ Parmi ces concentrations, on compte le Groupe médical et pharmaceutique de la Chine qui est au premier rang sur le marché chinois dans le domaine médical et pharmaceutique, né de la fusion du groupe des plantes médicinales chinoises et du groupe pharmaceutique de Chine ; le Groupe houiller et énergétique de Chine né de la fusion du Groupe d'importation-exportation du charbon et du Groupe de production houillère en juillet 2003, le Groupe de biotechnologie de Chine par l'annexion de l'entreprise d'import-export des équipements scientifiques et technologiques.

⁶³⁸ <http://www.sasac.gov.cn/n1180/n1566/n258629/6639649.html>. La liste des entreprises d'Etat dans le site officiel de la CAAE (en anglais, SASAC) démontre qu'actuellement, 129 entreprises d'Etat de grande envergure sont soumises au contrôle de la CAAE le 02 février 2010. A la fin de l'année 2010, il n'y aura que 80 à 100 entreprises qui resteront sous le contrôle de la CAAE.

groupement d'intérêt économique ou de groupements européens d'intérêt économique sont aussi réglementées au sein de l'Union européenne.

1. Définition de 'groupe d'entreprises' en Chine

504. Lorsque plusieurs entreprises se réunissent dans le but de se trouver ensemble quelques intérêts économiques, leur unité ou organisation a une appellation non juridique en Chine comme 'Unité jointe économique' ou 'Organisation jointe économique' ('经济联合体或经济联合组织', 'jingji lianhe ti' ou 'jingji lianhe zuzhi'). Puisque la politique gouvernementale ou celle du PCC est la boussole de la législation, la définition politique d'un événement économique est une pratique courante pour suppléer la définition juridique.

Les «Avis sur le groupement et développement du Groupe d'entreprises» de 1987, édictés par l'ancienne Commission nationale de la réforme du régime et par le Ministère de l'Economie et du Commerce donnaient une description du caractère économique et de l'environnement économique du Groupe de sociétés. Ils indiquaient que *«le Groupe d'entreprises est une organisation économique avec des structures de divers niveaux, qui est apparue dans le besoin nécessaire de l'économie marchande socialiste planifiée et de la production d'envergure socialisée»*, qu'*«il est une unité jointe économique qui se compose d'entreprises de divers systèmes de propriété, de divers secteurs économiques et de diverses régions géographiques, ceux-ci s'associent pour coopérer étroitement en se répartissant leurs missions en spécialisation»* et qu'*«établi sur la base du système de propriété publique, le Groupe de sociétés a des produits de bonne qualité, de renom et d'importance vitale pour l'économie nationale comme l'arme pilote, une ou plusieurs entreprises de grande envergure et des unités indépendantes de recherche scientifique comme la cheville et la partie principale...»*

Quelques juristes tâchaient de trouver une notion juridique pour le Groupe d'entreprises en se référant à l'article 18 de la loi allemande des sociétés par actions. D'après eux, le Groupe de sociétés est une organisation jointe économique qui se compose de plusieurs entreprises de personne morale indépendante sous une gestion et une direction unifiée. Au sens juridique, la notion de Groupe d'entreprises en Chine prend deux caractères du «Konzern» allemand, à savoir, l'indépendance de statut juridique de chaque entreprise au sein du groupe, et l'application de la gestion unifiée au sein du groupe. Cela signifie que la société qui dispose de la position

dominante a le droit de contrôler les autres qui ont l'obligation d'obéir à la gestion de la société dominante sur la base des actions possédées ou de la convention conclue.⁶³⁹

505. Cependant, cette explication juridique ne prend pas en considération la réalité chinoise du groupe d'entreprises, ni l'intention politique du Gouvernement de promouvoir le développement de la concentration sous forme de groupe, ni le caractère et l'essence du groupe d'entreprises existant sur le marché chinois. Par exemple, l'alliance entre plusieurs petites ou moyennes entreprises privées qui sont pour chacune personne morale indépendante sur le plan juridique, et pour l'ensemble sous la gestion unifiée, ne peut pas se faire enregistrer auprès des AIC au nom du Groupe de sociétés. Alors, pour porter le nom de «Groupe de sociétés» en Chine, afin de bénéficier de certaines privilèges provenant des politiques du Gouvernement, le Groupe de sociétés doit satisfaire aux conditions suivantes, conformément à l'article 3, 4 et 17 du «Procédé d'Application de la gestion et de l'Enregistrement du Groupe pilote d'Entreprises (à titre d'essai)» de 1992 :

Premièrement, la société mère ou de contrôle doit être une entreprise d'Etat de grande envergure ou une société par actions détenue par l'Etat, exception faite du groupe dont la société mère est à participation étrangère. Cela veut dire que les groupes de sociétés en Chine sont en général de nature de la propriété publique.

Deuxièmement, le Groupe de sociétés doit disposer d'un noyau dirigeant puissant, et capable d'investir, qui peut être soit une société industrielle de grande envergure (ayant une activité industrielle ou commerciale), soit une société par actions avec des fonds importants et solides (l'objet étant la détention de participations financières dans les sociétés du groupe).

Troisièmement, les sociétés du groupe peuvent avoir des liaisons personnelles fortes ou des liaisons contractuelles. Pour les groupes personnels, ils sont constitués d'un ensemble de sociétés dont l'unité de décision résulte de la communauté des dirigeants qui les poussent à se regrouper ; quant aux groupes contractuels, ils sont organisés en fonction de divers contrats qui vont lier les sociétés les unes aux autres (accord de collaboration, contrat d'entreprise pilote...)

Quatrièmement, malgré l'existence de ce contrôle, les sociétés dominées conservent en principe, leur pleine autonomie juridique et patrimoniale, ce qui favorise la

⁶³⁹ JIANG Ping, ZHAO Xudong, *Le Système de la personne morale*, édition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 1994, p.391.

décentralisation des décisions de gestion courante, la spécialisation des exploitations et une meilleure connaissance du marché.

D'après les conditions constitutives du Groupe de sociétés, Madame le professeur WANG Xiaoye, un des juristes éminents en Chine dans le domaine du droit de la concurrence et des sociétés, a défini le Groupe de sociétés comme «*une unité de propriété publique de plusieurs sociétés distinctes ayant des liens (financier et industriel) entre elles autour de l'entreprise d'Etat de grande envergure qui détient le contrôle et la gestion unifiés sur l'unité ensemble.*»⁶⁴⁰

L'unité du groupe est assurée en général par le contrôle d'une ou de plusieurs sociétés (sociétés mères ou sociétés holding, sociétés dominantes), qui fixe la politique économique du groupe, la stratégie d'ensemble. Cette société mère est l'entreprise d'Etat de grande envergure, c'est là la spécificité du Groupe de sociétés en Chine. Quant à la liaison entre la société mère et les sociétés filiales, il n'y a pas de différence sensible entre le système chinois et le système occidental. C'est ainsi que nous pensons que le Groupe de sociétés en Chine peut se définir comme un ensemble économique constitué de plusieurs sociétés, entités juridiques distinctes de la société mère qui est une entreprise d'Etat de grande envergure, mais ayant des liens divers entre elles (juridiques, contractuels, financiers, hiérarchiques, personnels), en vertu desquels la société mère tient les autres sous sa dépendance et exerce un contrôle sur cet ensemble. Cet ensemble se caractérise par l'unité de décision et de contrôle mais aussi par une autonomie juridique des sociétés du groupe.

2. Structure principale du groupe d'entreprise

506. Etant donné que les problèmes hérités de l'ancien système de planification n'étaient pas radicalement résolus (trop d'intervention administrative dans la gestion sociale, trop grande flexibilité des termes contractuels, l'impossibilité de mettre en œuvre la faillite, l'utilisation abusive des biens des entreprises...), le régime de responsabilité contractuelle pris dans la première vague de groupement des entreprises cédait au fur et à mesure à la tentation de l'actionnariat.

Ayant l'autorisation de conserver une partie des profits, ce qui constitue une facette importante de l'autonomie d'entreprise, l'entreprise qui possède ces fonds peut dès lors les placer auprès d'entreprises qui recherchent des capitaux. Le véhicule

⁶⁴⁰ WANG Xiaoye, *Questions antimonopolistiques dans la concentration des entreprises*, Edition du Droit, 1996. pp.189.

de ces capitaux est bien entendu représenté par des titres appelés ‘actions’ (‘股份’, ‘*gufen*’). Cependant, ce *gufen* n’était pas un terme strictement juridique au sens propre de l’action émise par la société anonyme, il s’agissait plutôt d’obligations, car il produisait des intérêts et était remboursables à une échéance fixée d’avance. Mieux vaut faire le premier pas que de ne jamais commencer. Ce système d’actionnariat a facilité la coopération financière entre entreprises, tout en occasionnant des désordres juridiques dans le monde des entreprises.

507. L’expérimentation durant une demie décennie de l’actionnariat permit au Gouvernement central de prendre la décision le 14 novembre 1993 d’encadrer juridiquement le régime de l’actionnariat, la forme de la société anonyme étant écrite dans la Loi des Sociétés de 1993. Depuis lors, le régime d’actionnariat est devenu le choix numéro un des groupes d’entreprises. En se transformant en holdings, les groupes d’entreprises parachèvent la séparation du droit de propriété étatique de la gestion autonome de l’entreprise et la séparation de l’administration et des entreprises.

En fonction du statut des divers investisseurs, les actions sont classées en quatre grandes catégories : actions d’Etat, actions de personne physique, actions de personne morale, et action ‘B’ destinées aux investisseurs étrangers. Le groupe d’entreprises adopte la structure des actions de personne morale.⁶⁴¹ En tant qu’actionnaire de personne morale, les entreprises investissent dans une société de statut SA et recherchent non seulement les bénéfices, mais aussi une coopération stable à long terme avec les autres entreprises actionnaires. Lorsque la liaison entre ces actionnaires de personne morale est renforcée au point qu’une société est à même d’affecter de manière importante la gestion et l’investissement des autres entreprises actionnaires par le biais des actions de ces dernières qu’elle a détenues, la relation entre société mère ou holdings et les sociétés filiales se forme. C’est là le parcours de la transformation du groupe d’entreprises en statut de SA. Autant dire que le groupe d’entreprises est la forme corollaire et de niveau le plus élevé du développement du régime de l’actionnariat. Au sein du groupe d’entreprises, la société mère constitue le noyau du groupe avec ses sociétés filiales autour d’elles.

⁶⁴¹ LONG Weiqiu, CHEN qifa, *Perspective juridique du groupe d’entreprises : développement dans l’annexion*, édition du Peuple de GuiZhou, 1995. p.124.

Actuellement, les participations réciproques au sein d'un groupe d'entreprises en Chine peuvent se réaliser soit entre sociétés par actions, soit entre une société par action et une société à responsabilité limitée. Cependant, à la différence du droit français, il n'existe aucune disposition concernant la condition de détention réciproque entre les entreprises. À cet égard, le droit français pourrait donner à la Chine quelques idées. Selon le droit français, une société par actions ne peut posséder d'actions d'une autre société par actions, que si cette dernière détient une fraction du capital de la première supérieure à 10%. Celle qui détient la fraction la plus faible du capital de l'autre doit aliéner son investissement dans le délai d'un an, à défaut d'accord entre les sociétés intéressées. Dans l'attente de la cession, les droits de vote de la société à la détention la plus faible sont supprimés.⁶⁴²

B. D'autres problèmes non résolus à l'égard du groupe d'entreprises

1. Statut juridique ambigu des groupes d'entreprises

508. Les groupes d'entreprises revêtent une très grande importance économique en Chine, mais, sur le plan légal, le Groupe de sociétés en tant que tel est ignoré par le législateur chinois. Alors, il n'est pas difficile de constater que sont souvent très épars, inapplicables et sans force de loi les règlements régissant les opérations des groupes d'entreprises publiés par le CAE ou par les ministères sectoriels. L'ambiguïté du statut juridique du groupe de sociétés, due à l'arriération de la législation à cet égard rend non seulement la polémique véhémement chez les juristes, mais rend aussi confuse la relation entre les entreprises du groupe.

Selon quelques juristes, le fondement juridique du groupe d'entreprises repose sur les articles 51, 52 et 53 des Principes généraux du Droit civil de 1987 relatifs à l'exploitation en coopération⁶⁴³, qui prescrivent trois formes de coopération entre les personnes morales :

« Article 51 Si une nouvelle entité économique qui est formée par des entreprises ou une entreprise et une institution est en mesure d'engager sa responsabilité civile et de répondre aux conditions de la constitution de personne morale, elle aura le statut de personne morale après avoir été approuvée et immatriculée par l'autorité compétente.

⁶⁴² Art.L.233-31 C.Com.

⁶⁴³ CHEN Jianping, *L'analyse des formes juridiques du groupe d'entreprises*, in *Revue Politique et Droit*, n°2, 1988.

Article 52 Si une nouvelle entité économique qui est formée et gérée en commun par des entreprises ou par une entreprise et une institution ne peut se qualifier comme une personne morale, chaque partie de cette union économique engagera sa responsabilité civile par ses biens respectifs au prorata de ses apports à la nouvelle entité économique. Les parties assumeront solidairement la responsabilité, si cela est prévu par la loi ou s'il en est convenu entre eux.

Article 53 Lorsqu'un contrat d'exploitation en coopération entre des entreprises ou entre des entreprises et des institutions stipule que chaque partie exploitera indépendamment selon les droits et les obligations convenus dans le contrat, chaque partie assumera séparément ses responsabilités civiles. »

En vertu de ces trois articles, il semble que la première forme d'exploitation en coopération donne naissance à une nouvelle entité indépendante de la responsabilité avec le statut de personne morale, tandis que la deuxième n'est qu'un parcours incomplet vers la société à responsabilité limitée, et la troisième repose sur une coopération contractuelle. Par conséquent, on constate à quel point le statut juridique des groupes d'entreprises est incertain, s'il est basé sur ces principes fondateurs.

509. D'autres pensent qu'il devrait y avoir deux modèles de la constitution organique du groupe d'entreprises : l'un est le modèle de société ou d'exploitation en commun, l'autre le modèle contractuel. Ainsi, si le groupe d'entreprises se constitue selon le modèle de société, il sera revêtu du statut de personne morale, tandis que le modèle contractuel conduit à la constitution d'un groupe d'entreprises dépourvu du statut de personne morale.⁶⁴⁴ Force est de constater, d'une part, que si l'on considère le groupe d'entreprises comme une personne morale, le double degré de personne morale dans le groupe d'entreprises, à savoir le statut du groupe propre et celui des entreprises au sein du groupe, va à l'encontre de l'esprit du régime de personne morale dans lequel le principe d'autonomie domine; et d'autre part, que le modèle des participations réciproques par action est négligé complètement par le groupe des juristes.

À l'évidence, la problématique ne devrait pas être centrée sur le statut du groupe d'entreprises, puisque celui-ci n'est qu'un ensemble constitué de plusieurs sociétés ayant des liens divers entre elles et en vertu desquels la société mère exerce un contrôle.

De même, une fois que l'idée sur le statut du groupe d'entreprises devient claire, ce que l'on doit envisager sans hésitation, ce sont les instruments juridiques de constitution des groupes d'entreprises. Autrement dit, on doit se poser la question: par quels instruments juridiques les sociétés se sont-elles liées l'une à l'autre dans un groupe ? En effet, la clarté des instruments juridiques de la constitution du groupe d'entreprises est la condition « sine qua non » pour définir la relation entre la société mère et les sociétés filiales, et les relations entre ces dernières. Dans l'ambiguïté du statut du groupe d'entreprises, les sociétés dépendantes n'arrivent pas à se protéger.

510. Cependant, à l'égard des règles du Groupe d'entreprises, il est rare de trouver un pays qui se dote d'une législation spécifique du Groupe d'entreprises. La France est parmi ceux qui, malgré l'ignorance du législateur sur le groupe en tant que tel, ont une série assez complète de règles juridiques et de jurisprudence sur les techniques de participation, de filiales, de groupement d'intérêt économique. Ces règles et ces jurisprudences ont dû «construire, comme toujours dans le silence de la loi, des solutions juridiques lorsque des problèmes juridiques sur les groupes se sont présentés.»⁶⁴⁵ Pour régir l'événement économique du Groupe de sociétés, le Livre II du Code du Commerce intitulé «Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique» consacre son chapitre III à la définition des filiales, des participations et des sociétés contrôlées, et aux instruments juridiques de constitution de groupe de société. Le Code du commerce organise la constitution de filiales et les prises de participation; par exemple, la notion d'une filiale du Groupe de sociétés et celle de la participation entre les sociétés se trouvent énoncée par l'article L.233-1 et l'article L.233-2 du Code du commerce: «Est réputée filiale toute société dont plus de la moitié du capital appartient à une autre société» et «Est qualifié de participation le fait, pour une société, de détenir entre 10% et 50% du capital d'une autre société.» Les sociétés peuvent avoir entre elles des participations réciproques entre sociétés par action, et entre une société par actions et une autre société (SARL, Société en nom collectif, Société en commandite)(art.L233-29, 30 et 31 C.c).

D'ailleurs, dans le cadre de la législation, par la loi du 13 juin 1989 a été introduit en France le groupement européen d'intérêt économique. Ensuite, la création de la

⁶⁴⁴ CHEN Yunguang (dir), *Les pratiques des opérations des sociétés et la responsabilité juridique*, édition de Parquet de Chine, 1996, p.16.

⁶⁴⁵ France GUIRAMAND, Alain HERAUD, *Droit des sociétés, manuel&applications*, 12^e édition, DUNOD. 2005. p.449.

Société par action simplifiée est une réponse aux besoins spécifiques des groupes⁶⁴⁶. La constitution du Groupe de sociétés et la participation entre sociétés sont régies non seulement par le droit des sociétés, par le droit fiscal, mais aussi, par le droit de la concurrence qui appréciera, par exemple, si la création d'une filiale commune par deux sociétés, ne porte pas atteinte au libre jeu de la concurrence et aux articles 81 et 82 du traité de Rome.

511. En Chine, deux écoles de pensées coexistent en ce qui concerne la législation du Groupe de sociétés. Sur l'école qui milite pour une législation générale, complète et spécifique au groupe d'entreprises l'emporte l'école qui préconise une structure législative synthétique se composant des règles du droit des sociétés, du droit fiscal, financier et du droit antimonopole, à l'instar de la France et de l'Allemagne⁶⁴⁷. Ceci dit, nous pensons qu'il y a lieu d'ajouter dans la Loi des sociétés des règles concernant la filiale, les techniques de participation entre sociétés du groupe, de mettre en valeur le rôle de boussole du marché concurrentiel de la Loi antimonopole et de réfléchir sérieusement sur la relation de responsabilité entre les filiales et la société mère.

512. Même si les sociétés d'un groupe sont juridiquement indépendantes, la réalité du Groupe de sociétés permet un certain effacement de la personnalité juridique des sociétés contrôlées. Cependant, cette personnalité morale demeure, et justifie les nombreux écrans que cache parfois l'institution de groupes. De ce chef, le principe '*lifting the veil of cooperate*' issu des États-Unis dans les pays occidentaux⁶⁴⁸, permet de poursuivre la responsabilité directe de la société qui contrôle ou de la société mère. Les créanciers seront indemnisés sur l'ensemble des actifs des sociétés du groupe en une masse commune, les créances étant traitées de façon identique, quelle que soit la société dont elles proviennent, s'il y a eu une fraude qui fait disparaître l'autonomie de la personne morale, ou si on peut prouver que la filiale est une société

⁶⁴⁶ Cette nouvelle forme de société créée par la loi du 3 janvier 1994 comblant un vide juridique qui a conduit les grandes entreprises industrielles françaises à se délocaliser à l'étranger, permet une plus grande stabilité des associés et une plus grande liberté contractuelle. Après cela, la loi du 12 juillet 1999 a assoupli le régime de la SAS, désormais ouverte à tous, et a créé la société par action simplifiée à associé unique. De plus, le formalisme imposé aux SA par la loi NRE du 15 mai 2001 et les lois suivantes est fortement allégé pour les SAS et a incité à la transformation des SA existantes en SAS.

⁶⁴⁷ WANG Baoshu, *L'événement de 'Konzern' de la coalition des entreprises en Chine et les contre-mesures*, in *Etude de la Science juridique*, 4^e, 1990.

⁶⁴⁸ Hilmi BOLATOGLU, *The Concept of Economic Unity in Merger Cases: Lifting the Corporate Veil*, in *European Competition Law Review*, volume 30, 2009, p.362.

fictive, ou encore si on peut démontrer que la création de sociétés dans ce groupe n'était pas justifiée, sauf pour compliquer les relations d'affaires.⁶⁴⁹

Ainsi, la deuxième école de pensée soutient l'adoption par les pays occidentaux de trois théories des exceptions à l'autonomie de la personnalité morale au sein du Groupe de sociétés : la théorie de l'apparence lorsque les tiers ont contracté avec une société du groupe en considérant la solvabilité de l'ensemble du groupe ; la théorie de la représentation lorsque chaque société du groupe agit, de fait, pour le compte des autres sociétés du groupe et donc les engage, de sorte que les tiers raisonnent en termes de groupe ou lorsqu'en effet, certaines sociétés d'un groupe font état de l'appartenance à ce groupe pour sécuriser leur contractant et la théorie de la fictivité des sociétés lorsqu'il s'agit de sociétés créées avec les capitaux d'une autre société et dont le patrimoine social est de fait, la propriété de la société qui l'exploite sous le nom de la société fictive.⁶⁵⁰ On accepte qu'en principe, chaque société ayant la personnalité morale doit être respectée dans son individualité juridique, et que le régime d'autonomie et de responsabilité limitée d'une personnalité morale devienne compromis à la singularité des affaires concernant le groupe d'entreprises⁶⁵¹.

2. Instruments juridiques du contrôle insuffisant

513. Parmi les instruments juridiques de constitution de groupes de sociétés, les participations réciproques entre sociétés par actions sont les plus fréquemment appliquées sur la planète. Outre ce contrôle par actions, au deuxième rang de l'application apparaît sans doute la structure contractuelle entre les entreprises au sein du groupe, organisée par des contrats qui lient les sociétés les unes aux autres, avec peut-être sa «tête de pont» dans l'ensemble des sociétés, les autres devenant des sortes de filiales ; des accords de collaboration dans la prise de décision et dans la répartition du pouvoir ; des accords de franchise dont le franchiseur possède une

⁶⁴⁹ Cass.comm.20 juin 1995.

⁶⁵⁰ LIU Junhai, *Sur la théorie du 'Lifting the corporate veil dans la nouvelle loi sur les sociétés*, le 7 décembre 2007, <http://www.civilaw.com.cn/article/default.asp?id=36244>. L'article 20.3 de la Loi sur les sociétés de 2005 est consacré à l'adoption de la théorie. v. aussi, ZHANG Zhenguó, ZONG Yanyan, *L'embaras de la théorie du 'Lifting the corporate veil' dans la pratique judiciaire en Chine*, le 28 novembre 2009, <http://www.studa.net/company/091128/13291385-2.html>. LI Xiaobai, *Quelques réflexions sur la théorie de la fictivité des sociétés*, in *Système législatif et la société*, 2009, n°28. En effet, le milieu juriste chinois adopte la théorie anglo-saxonne du 'Lifting the corporate veil' ou 'piercing the corporate veil' qui ne se reconnaît pas en Europe pour autant. En Europe, ce sont la théorie de la fictivité et la théorie de la confusion des patrimoines qui l'emportent, en droit belge particulièrement, le principe d'une perméabilité entre sociétés d'un même groupe ne se reconnaît que dans des cas exceptionnels.

⁶⁵¹ LONG Weiqiu, CHEN Qifa, *Perspective juridique du groupe d'entreprises : développement dans la concentration*, édition du Peuple de GuiZhou, 1995. p.128.

enseigne, des produits à forte technicité et un savoir-faire ; des contrats de location-gérance et des contrats de sous-traitance.⁶⁵²

514. Dans la réalité chinoise, tant au plan législatif qu'en pratique, quatre instruments de contrôle se sont généralisés parmi les groupes d'entreprises: le contrôle par action, la gestion planifiée, le contrat de location-gérance et l'exploitation autorisée de la propriété étatique.

A travers des années d'expériences de constitution du groupe, le Gouvernement chinois a adopté une politique d'encouragement pour inciter l'adoption du contrôle par action en encadrant un groupe d'entreprises par de nombreux règlements administratifs⁶⁵³. Pourtant, aucune loi n'existe pour fixer le critère du contrôle par action, ni pour réglementer la relation entre l'entreprise mère et les filiales. En même temps, les pratiques du contrôle par action varient selon les différents groupes.

S'agissant du contrat des entreprises, l'Etat chinois avait déjà mis en application le contrat de gérance et de location à partir de 1984 et l'avait généralisé en 1988 pour accroître la marge de manœuvre des gestionnaires en même temps que leur responsabilité économique. Le contrat de gestion permet à certains employés d'avoir la possibilité de tenter leur chance avec l'argent de l'entreprise, cela explique aussi en partie la corruption. En effet, le contrat de gérance n'a pas reçu autant d'effet bénéfique que l'on espérait dans le groupe d'entreprises.

La gestion planifiée, quant à elle, se traduit par l'intervention directe de l'administration dans les entreprises étatiques que ce soient les filiales de l'entreprise noyau ou même l'entreprise mère. Cette sorte de contrôle est très fortement teintée d'intervention politique contrevenant souvent à la volonté et à l'autonomie des entreprises membres du groupe.

En ce qui concerne la gestion autorisée de la propriété étatique, un autre essai du pouvoir public pour accélérer rapidement l'établissement du régime de société mère – filiale au sein du groupe, eut pour but de favoriser la collecte des capitaux lors du manque de fonds propres du groupe. Cependant, le terme 'gestion autorisée' reste encore confus et mal fondé. Malgré le dépouillement de cette politique par beaucoup de chercheurs chinois, on n'arrive toujours pas à conclure que l'idée de l'«autorisation du gouvernement» est d'accorder la gestion des entreprises membres à l'entreprise noyau ou la propriété des premières à cette dernière.

⁶⁵² Cf. LONG Weiqiu, CHEN Qifa.

515. Par conséquent, on peut penser qu'il serait préférable de compléter et légaliser les instruments de contrôle dans la constitution de groupes de sociétés en deux temps. Dans un premier temps, une nouvelle modification de la Loi des sociétés doit être envisagée par de nouvelles dispositions relatives à la relation entre les filiales et la société mère. Dans un deuxième temps, une législation devrait être consacrée au contrôle contractuel des entreprises. A cet égard, l'exemple des expériences étrangères à travers la recherche du droit étranger n'est pas inutile. Ainsi, les structures contractuelles du groupe de sociétés en France sont classées en deux grands groupes : les contrats favorisant l'union et les contrats favorisant l'intégration. La première catégorie de groupes inclut les accords de collaboration pour '*la mise en commun des moyens techniques, des services de recherche, des laboratoires ou des structures commerciales communes*, le contrat de franchise qui '*crée une image de groupe*' (Yves Rocher, Vins Nicolas, Séphora, McDonald's...), le contrat de location-gérance – '*un véritable partage de risque*', la société en participation qui '*permettra un regroupement discret (société en participation occulte)*' et le contrat d'entreprise pilote '*dans les entreprises de travaux publics dont une d'entre elle est mandataire des autres*'. Dans la deuxième catégorie de groupes, il y a les contrats de distribution intégrée où il s'agit pour un détaillant de s'intégrer de façon plus ou moins importante à un fabricant, et les contrats de sous-traitance intégrée dans laquelle, '*une entreprise fabrique pour le compte d'une autre, un objet dont les caractéristiques seront fournies par le donneur d'ordre*'.⁶⁵⁴ Ainsi, obtiendrait-on au moins une classification bien claire des contrats entre entreprises du groupe qui viendrait s'insérer dans la nouvelle législation chinoise.

516. En définitive, un mélange de recours au soutien de l'Etat et d'initiatives autonomes est devenu le mode de gestion idéal des entreprises: le groupe polyvalent des entreprises. A titre d'exemple, un des groupes pétrochimiques de Shenyang, qui est composé de 20 entreprises et instituts de recherche, a réussi à mettre à profit son autonomie financière et de gestion pour mener à bien sa restructuration. Pour récolter les fonds nécessaires, il a d'abord racheté une petite usine de produits dérivés de la résine de bois qui, après restructuration, a dégagé rapidement des bénéfices. Il s'est ensuite séparé de ses restaurants, de ses écoles, de ses hôpitaux, diminuant ainsi sa

⁶⁵³ Voir *supra*. n° 479 et s.

⁶⁵⁴ France GUIRAMAND, Alain HERAUD, *Droit des sociétés, manuel & applications*, 12^e édition, DUNOD. 2005. p.456-457.

masse salariale réelle de 10 millions. Il a pris des participations dans 10 entreprises de la région et a converti ses propres dettes en capital avec l'aval de l'Etat. Toutes ces étapes lui ont permis d'obtenir des prêts de la banque. Enfin, sa cote entrée en bourse, qui a eu lieu en février 1997, lui a permis de récolter 500 millions de yuans.

Théoriquement autonomes, les sociétés ont le pouvoir de gérer librement les actifs de leurs entreprises et de choisir de vendre les moins rentables et d'en racheter de nouvelles. Ce redéploiement de l'action étatique dans certains secteurs jugés stratégiques s'explique par le rôle que l'Etat croit devoir assumer dans le développement. L'Etat renonce à sa prétention d'être le seul gestionnaire de l'économie mais garde, officiellement en tout cas, son rôle d'organisateur et d'incitateur de la modernisation. Il est vrai que la légitimité du régime actuel du groupe d'entreprises est étroitement liée à sa réussite dans la conduite de la modernisation. Outre le procédé sous forme du groupe, l'Etat chinois se prévalut de la méthode de fusion et d'acquisition pour encourager la croissance de compétitivité des ses entreprises nationales vis-à-vis de la concurrence mondiale.

Section 2 La politique de la fusion et de l'acquisition

517. En pratique, il existe deux principales formes de concentration des entreprises en Chine : le regroupement des entreprises de droit chinois (y compris les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés par actions, qu'elles soient à capital de sources exclusivement chinoises ou de sources étrangères) qui est en effet une restructuration des entreprises d'Etat (nous l'avons étudiée dans la section précédente sur le groupe d'entreprises) et la fusion et l'acquisition des entreprises.

Au plan juridique, il n'y a que la fusion et l'acquisition qui entrent dans le domaine du droit de la concentration chinois. S'agissant du régime général de fusion et d'acquisition, l'article 173 du chapitre 9 de la Loi sur les Sociétés⁶⁵⁵ énonce deux formes : fusion-absorption et fusion par création d'une nouvelle entité. Dans la première forme, la société absorbée disparaît. Dans la seconde, les deux sociétés fusionnées perdent leur personnalité morale et une nouvelle société est constituée.

Outre le chapitre 9 de la Loi sur les Sociétés qui est applicable à toute sorte des fusions et des acquisitions effectuées soit par les sociétés de droit chinois, soit par les investisseurs étrangers, il existe encore plusieurs règlements administratifs

d'importance qui procèdent à une distinction entre la fusion et l'acquisition d'une société à capital de source exclusivement chinoise par investisseur étranger (§1) et celle d'une entreprise à participation étrangère (EPE). (§2)

§1. Fusion et acquisition des sociétés à capital de source exclusivement chinoise

518. La campagne de la fusion et de l'acquisition des sociétés à capital de source exclusivement chinoise a été lancée dans les entreprises étatiques⁶⁵⁶ et sur le marché du capital⁶⁵⁷.

«Après plusieurs années de développement, le système du marché du capital en Chine a réalisé des progrès satisfaisants et a perfectionné sa structure, formant tout d'abord la principale place boursière, la place des petites et moyennes entreprises et la place des start-ups, ainsi qu'un système de transfert des actions par le mandataire. Quant aux produits d'investissement, ils sont passés des actions et de l'emprunt national au début de l'ouverture du marché boursier, à la fondation d'investissement en titres, à la valeur du droit, aux obligations de sociétés, aux obligations de sociétés transférables, aux produits susceptibles de transformer les capitaux en titres, au rachat de l'emprunt national, et aux marchandises à terme.»⁶⁵⁸

Avec la promulgation et l'application de la loi et des politiques concernant les fonctions du financement et de la répartition des ressources financières, en tant qu'importante plate-forme pour la réforme économique, le marché du capital a joué un rôle d'impulsion dans la concentration des ressources sociales vers les entreprises performantes, tout en renforçant la compétitivité des entreprises, et en poussant la transformation du mode de gestion des biens publics. Il est donc permis d'envisager une étude du développement de la fusion et de l'acquisition sur le marché du capital

⁶⁵⁵ La loi précitée est entrée en vigueur en 1994, révisée en 1999 et en 2006.

⁶⁵⁶ *Supra*.n°495 et s. La section précédente concernant le groupe d'entreprises.

⁶⁵⁷ Les statistiques de la Commission de régulation boursière de Chine (CRBC) révèlent que fin septembre 2009, le marché du capital intérieur a réalisé pour les entreprises un financement en actions d'une valeur de 2 500 milliards de yuans et celui en obligations de 2 900 milliards de yuans. Depuis les premières actions émises dans la société après la réforme économique dans les années 1980 en Chine, le nombre de sociétés chinoises cotées en bourse est passé de 14 unités fin 1991 à 1682 unités fin septembre 2009, soit un nombre multiplié par 115 en l'espace de 18 ans, et le marché du capital a réalisé pour les entreprises un financement de plus de 5 400 milliards de yuans selon les statistiques. Fin septembre 2009, les marchés boursiers de Shanghai et de Shenzhen possédaient une valeur totale de 215 892 milliards de yuans, dont 130 920 milliards de yuans en circulation, se classant aussi troisième au niveau mondial.

⁶⁵⁸ "Soixante ans d'histoire de la Chine nouvelle: le marché du capital." http://french.china.org.cn/china/archives/fetenationale09/2009-09/04/content_18467150.html; le 04 septembre 2009.

sous deux angles : le parcours historique du marché du capital (I), et la structure réglementaire (II).

I. Evolution du marché du capital

519. Si nous faisons une brève récapitulation de la trajectoire du développement du marché du capital en Chine, nous trouverons *grosso modo* trois périodes.

520. Première période de 1990 à 1994 : le lancement de deux marchés boursiers chinois a eu lieu à Shanghai et à Shenzhen en décembre 1990 et se termine en 1994 avec «*l'affaire de Baoyan*». C'était une période d'essai de fusion et d'acquisition pour les sociétés cotées. Au début du lancement des marchés boursiers, il était rare de voir une acquisition entre les sociétés cotées dans les marchés boursiers à cause justement du très petit nombre de sociétés cotées en Bourse⁶⁵⁹. Après la publication des «Règlements relatifs à l'émission des actions et à la gestion de la transaction des actions (à titre provisoire)» le 22 avril 1993 par la Commission chinoise de régulation boursière de Chine (CRBC)⁶⁶⁰, *l'affaire Baoyan* amorce la campagne de fusion et d'acquisition des sociétés cotées en bourse en Chine.

Sur le plan juridique, conformément aux Règlements précités, toute personne physique ou morale peut prendre une participation dans une société cotée par le truchement des actions qu'elle détient. Cependant, il existe une différence entre les seuils autorisés pour la détention d'actions par la personne physique et la personne morale. Pour la personne physique, elle ne peut posséder plus du 5% du capital d'une société cotée (art.46). Par contre, aux termes de l'article 47 des Règlements, «*toute personne morale qui vient à posséder directement ou indirectement plus du 5% du capital d'une société cotée, doit informer cette société de la totalité des actions qu'elle possède dans le délai de trois jours à compter du franchissement du seuil. Dans le même délai, elle doit également en informer la Commission de régulation boursière de Chine et porter cette information à la connaissance du public par l'intermédiaire de la Bourse de Shanghai et de Shenzhen.*»

521. Dans l'affaire de '*YanZhong v. BaoAn*' (*l'affaire de Baoyan*) du 30 septembre 1993, la première société cotée en bourse à Shanghai en 1990, *YanZhong Shiye* était au début une

⁶⁵⁹ A la fin de 1991, un an après le lancement des marchés boursiers à Shanghai et à Shenzhen, le marché boursier à Shanghai n'avait que huit sociétés cotées, et celui de Shenzhen n'en avait que six.

⁶⁶⁰ La Commission de Régulation boursière de Chine a été créée en octobre 1992 afin de renforcer la réglementation du marché des titres. Depuis lors, la CRBC a vu ses pouvoirs élargis et, en 1998, elle s'est vue confier l'ensemble des responsabilités concernant la réglementation et la surveillance du marché boursier.

petite entreprise de quartier en collectif de service dans la rue *YanZhong* à Shanghai sans activité économique spéciale. L'administration municipale de Shanghai l'a choisie comme pilote à la Bourse de Shanghai avec l'idée que, si elle échoue, l'effet social négatif sera insignifiant. C'est ainsi qu'après plusieurs années d'essai d'émission d'actions dans la compagnie fiduciaire et d'investissement de Shanghai, rattachée à la Banque de l'industrie et du commerce, *YanZhong Shiye* se trouve cotée en bourse dès le lancement du marché boursier à Shanghai en décembre 1990 avec toutes ses actions en circulation.

D'un autre côté, le Groupe *BaoAn*, fondé en 1983 dans le domaine des biens fonciers et de l'import-export, a occupé plusieurs premières places sur le marché du capital de la Chine : première société anonyme en Chine, elle est devenue la première société cotée en bourse à Shenzhen le 25 juin 1991, la première à émettre l'obligation de transfert et la première compagnie conseillère des finances. A la fin de 1992, le Groupe *BaoAn* s'est mis en quête d'une acquisition pour élargir son champ d'activité et augmenter ses fonds. *YanZhong Shiye* correspond exactement à la cible recherchée: l'absence d'un actionnaire holding dû au dispersement des droits des actions rend l'acquisition de cette société relativement facile, à la fois en terme de coût et de mise en œuvre ; de plus, le nom publié sur le marché boursier de *YanZhong Shiye* était 'Rue de *YanZhong*', ce qui donne au Groupe *BaoAn* l'impression que toutes les sociétés de la rue de *YanZhong* appartiennent à *YanZhong Shiye*, laissant deviner un profit lucratif potentiel pour son activité de biens fonciers.

Le 13 septembre 1993, trois filiales du Groupe *BaoAn* commencent discrètement à acquérir les actions de *YanZhong Shiye* sur le marché secondaire. Le 29 septembre, la détention des actions de *YanZhong Shiye* par ces trois filiales du Groupe *BaoAn* atteint 10.6%. Le valeur par action de *YanZhong Shiye* augmente de 8.83 yuan à 12.05 yuan. Le 30 septembre, la détention des actions de *YanZhong Shiye* par le Groupe *BaoAn* atteint 15.98%. C'est à ce moment-là que le Groupe *BaoAn* annonce publiquement qu'il possède 5% des actions de *YanZhong Shiye* en lui assenant un coup de massue. Malgré la stratégie d'anti-acquisition de *YanZhong Shiye* vouée à l'échec, la détention des actions par le Groupe *BaoAn* augmente jusqu'à 19.8% le 22 octobre et la valeur par action à 42.2 yuan. Le même jour, *YanZhong Shiye* finalement porte plainte contre le Groupe *BaoAn* à la CRBC pour opération illégale.

Ce qui est ensuite le plus intéressant est la décision de la CRBC qui légalise la transaction boursière et l'acte financier du Groupe *BaoAn* sur le marché boursier visant *YanZhong Shiye*, validant la détention de 19.8% des actions de *YanZhong* par

BaoAn. Cependant, la CRBC n'a pas oublié l'irrégularité commise par le Groupe *BaoAn* alors qu'il était dans l'obligation de dénoncer l'information selon laquelle il avait obtenu 5% des actions de la société cible. Etant donné que le Groupe *BaoAn* a contrevenu à l'article 47 des Règlements précités, la CRBC lui infligea une amende d'un million de yuan⁶⁶¹. Cette amende n'est qu'un avertissement symbolique tant au Groupe *BaoAn* qu'à d'autres sociétés cotées en Bourse afin qu'elles puissent se rappeler l'existence de règles de transaction financière et de leurs obligations sur le marché boursier. La décision plutôt clémentine de la CRBC n'a pas été prise sans raison. D'une part, les règlements susmentionnés n'étaient pas rédigés en vue d'une application rigoureuse, la stratégie du laisser-faire étant le meilleur moyen de faire grandir la nouveauté. D'autre part, le marché boursier en Chine, à l'état embryonnaire à cette époque était stagnant et timide, et avait besoin d'éléments incitateurs pour déclencher une sorte de réaction catalytique en son sein. Le Groupe *BaoAn* a été la cible toute trouvée. Par la suite, le Groupe *BaoAn* est devenu sans difficulté la société holding de *YanZhong Shiye*.

Désormais, le retentissement de l'affaire de *BaoYan* donne une connaissance réelle du concept de « fusion » et d'« acquisition » aux acteurs économiques chinois sur le marché du capital. L'affaire de *WanKe v. ShenHua*, de *HengTong v. LingGuang* et l'acquisition de la *Société automobile Jinbei* par le Groupe automobile *DongFeng* sont successivement apparues à la suite de l'affaire de *BaoYan*.

522. Deuxième période de 1995 à 2000 : parcourant la deuxième moitié des années 1990, elle est une période d'accumulation d'expériences et de développement stable pour le marché du capital en Chine. Le nombre de transactions concernant la fusion et l'acquisition augmente, l'envergure de transactions grossit. Dans la seule année de 1998, 368 sociétés cotées en bourse participent à 657 cas de fusion et d'acquisition⁶⁶². Cette période est marquée par les caractéristiques suivantes :

Le plus remarquable était le transfert du droit de contrôle. Une société cotée est considérée comme en contrôlant une autre lorsqu'elle dispose directement ou indirectement d'une fraction des droits de vote supérieur à celle dont dispose l'autre société et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. Le deuxième élément est qu'après

⁶⁶¹ La décision de la Commission de régulation boursière de Chine (CRBC) relative à l'affaire de *BaoYan* du 22 octobre 1993. <http://www.finance.sina.com.cn/stock/company/memorabilia/50.shtml>.

⁶⁶² « Soixante ans d'histoire de la Chine nouvelle: le marché du capital ». *Op.cit.*

l'acquisition d'une société cotée, le premier acte de l'acquéreur est de se décharger des passifs de l'ancienne société en regroupant de nouveaux actifs pour augmenter la capacité d'absorber à nouveau les capitaux. De surcroît, les sociétés étatiques deviennent éligibles à la fusion et à l'acquisition par la voie de concertation avec d'autres sociétés cotées sur le marché capital. D'ailleurs, malgré la promulgation de la Loi sur les Titres du 29 décembre 1998, les règlements et les directives assortis à l'application de cette loi faisaient défaut, et par voie de conséquence, l'acquisition malveillante n'était point rare sur le marché boursier de Chine.

523. Troisième période de 2001 jusqu'à nos jours : A partir de 2001, le marché du capital en Chine est entré dans une ère de haut développement qui ne change guère les caractéristiques de la période précédente, et au contraire, fait ressortir des problèmes graves au cours des transactions de la fusion et de l'acquisition des sociétés cotées sur le marché du capital.

Primo, les nouvelles acquisitions et fusions ont pour but de se procurer pour la société absorbante, les droits de la répartition des actions et d'augmenter les actions émises. La «Communication sur le travail avec efficacité dans l'émission de nouvelles actions des sociétés cotées» publiée par la CRBC présente quelques conditions aux sociétés cotées en bourse en ce qui concerne la répartition et l'augmentation d'émission des actions, dont la plus importante est l'exigence de la vérification de la part des experts comptables que le profit net moyen des biens des sociétés dans les dernières trois années comptables ne doit pas être inférieur à 6%. Par la suite, la moitié des sociétés cotées en bourse sur les marchés boursiers de Shanghai et de Shenzhen ont mis en public leurs différents projets d'acquisition. Certains d'entre eux mènent une transaction non équivalente avec leur actionnaire principal en échange des actifs de celui-ci par ses passifs ; certaines ont transmis des passifs exorbitants à la société mère qui sera compensée dès l'absorption des fonds par la société filiale après l'obtention du droit d'émettre ses actions sur le marché boursier.

Secundo, l'acquisition a pour but de garder le statut de coter en bourse sur le marché boursier. Selon les termes de l'article 157 de la Loi des Sociétés et conformément à la «Communication sur le procédé de suspendre et de mettre fin définitivement à des activités des sociétés cotées déficitaires en bourse» du 22 février 2001 par la CRBC, si une société cotée se met en état déficitaire pendant les derniers trois ans consécutifs, elle subira un arrêt immédiat de transaction de ses actions sur le

marché boursier dès la publication de son rapport annuel du troisième année. Si elle n'est pas à même de sortir de son état déficitaire dans la première année comptable du délai clément accordé par la CRBC, ou si le rapport des experts comptables est négatif, elle sera contrainte à quitter le marché boursier définitivement par décision de la CRBC. Cependant, en réalité, la plupart de sociétés en état gravement déficitaire sont des sociétés dirigées ou soutenues par l'administration ministérielle ou sectorielle. Elles ne se retirent pas du marché boursier, malgré les réglementations. Le jeu concurrentiel du marché risque d'être perturbé artificiellement.

Tertio, la fusion et l'acquisition ont pour but d'encherir artificiellement le prix des actions. Dans la vague déferlante du marché chinois boursier où il apparaît que d'un coup d'œil on pourrait devenir riche très rapidement, ce ne sont pas les spéculateurs qui viennent à manquer, mais au contraire les acteurs de bonne foi. Quelques sociétés spéculatrices saisissant l'occasion de la campagne de fusion et d'acquisition sur le marché du capital, répandent des informations trompeuses sur le marché, manipulent les transactions des actions visées, poussent à la hausse le prix de celles-ci, et finalement acquièrent de gros gains pécuniaires. Leurs agissements ont non seulement causé un préjudice matériel important aux larges masses de petites actionnaires, mais aussi détruisent la fonction de réajustement du prix et de la répartition des ressources du marché du capital.

Espérant régler tous ces problèmes, la CRBC travaille conjointement avec le Ministère des finances et d'autres administrations sectorielles pour renforcer les fonctions des règlements et des lois en la matière.

II. La charpente réglementaire

524. Les règles juridiques de la fusion et de l'acquisition sur le marché du capital constituent une partie du contenu de la Loi des Sociétés et de la Loi sur les Titres (A). Pour combler les lacunes dans ces règles législatives, des règlements administratifs et sectoriels interviennent de nouveau à titre d'essai, sous forme d'«Avis», «Communication», «Directive», ou «Règlement d'application», etc. (B).

A. Règles juridiques de la fusion et de l'acquisition sur le marché du capital

1. Chapitre V de la Loi des Sociétés de 2005

525. Le chapitre V de la Loi des Sociétés de 2005, intitulé «Emission et transfert des actions des sociétés anonymes» instaure les conditions de fond et de forme, les

principes généraux d'émission et de transfert des actions par les sociétés anonymes. Ces règles sont aussi applicables aux sociétés cotées en bourses.

Conformément à la loi, toute personne ou organisation peut à tout moment acheter ou vendre les actions de diverses sociétés. Et les sociétés cotées peuvent émettre de nouvelles actions pour augmenter le capital sous réserve de l'approbation de la CRBC. Seulement, après l'émission de nouvelles actions, la société émettrice doit faire enregistrer toutes les modifications du capital auprès de l'AIC (art.137).

L'article 142 de la Loi précitée interdit aux fondateurs de céder les actions qu'ils détiennent dans la première année de la création de la société. De même, les actions émises avant la cotation en bourse ne doivent être cédées dans la première année à partir du jour où la société cote en bourse. L'article 143 défend aux sociétés cotées de racheter leurs propres actions, sauf si l'assemblée générale de la société décide de diminuer le capital social, si la société va être fusionnée avec une autre société qui dispose d'un certain nombre de ses actions, si les actions rachetées sont une prime pour récompenser les salariés, et si les actionnaires demandent le rachat de ses actions puisqu'ils sont contre la décision de fusion ou de cession de l'Assemblée générale de la société.

D'ailleurs, les sociétés cotées ont l'obligation de rendre publiques leurs situations de l'exploitation, comptables, et des poursuites judiciaires importantes, et de publier deux fois par an dans l'année budgétaire le rapport du comptable. (art.145 et 146)

2. Loi sur les Titres de 2005

526. La Loi sur les Titres du 29 décembre 1998, entrée en vigueur en juillet 1999, modifiée à plusieurs reprises en 2004, en 2005, consacre son chapitre IV de 17 articles à la fusion et à l'acquisition des sociétés cotées en bourse sur le marché du capital. Cinq aspects ont été retouchés par la modification de 2005 de la Loi. Il s'agit des procédés de la fusion et de l'acquisition, de la détention en commun, de l'acquisition partielle de l'offre publique, de l'interdiction de vente, et du retrait du marché boursier. Il convient donc de leur accorder une attention particulière :

L'article 85 de la loi précitée confirme les deux formes principales de l'opération : l'acquisition par l'offre publique(‘公开出价收购’, ‘*gongkai chujia*

shougou') et l'acquisition de concert ('协议收购', '*xieyi shougou*'), tout en permettant d'autres formes légales d'acquisition⁶⁶³ (art.85).

Pour maintenir la transaction transparente, équitable et impartiale, la Loi sur les Titres institue le régime d'alarme du seuil de détention des actions d'une autre société cotée et le régime impératif de l'offre publique d'achat. En d'autres termes, l'investisseur doit respecter son obligation d'informer sa détention lorsqu'il a obtenu 5% des actions d'une autre société cotée dans le délai fixé par la loi (art.79), et lorsque sa détention des actions de cette société cotée atteint 30% des actions totales de celle-ci, et si l'investisseur n'a pas l'intention d'arrêter son achat, il est obligé de transmettre son offre d'achat à tous les actionnaires de la société cible (art.81). Cependant, dans l'application de cette loi, des investisseurs, pour se soustraire à l'obligation de dénoncer l'information de leur détention des actions d'autrui, cherchent à se concerter pour acheter ensemble et discrètement les actions de la société cible, si bien qu'à un moment donné, l'achat groupé des actions de la société cible atteint le seuil d'alarme (ou de l'offre publique d'achat), bien que l'achat individuel de chaque investisseur dans cette concertation reste inférieur à ces seuils.

Visant à résoudre ce problème, la nouvelle loi sur les titres a ajouté un nouveau régime, celui de détention en commun. La loi modifiée en 2005 confirme de nouveau l'obligation de publier l'information de la détention des actions d'autrui et l'obligation de transmettre son offre d'achat aux actionnaires de la société cible par les articles 86 et 88.

527. En ce qui concerne l'acquisition à travers l'offre publique d'achat, le régime impératif de l'offre publique d'achat entière ('全面要约收购', '*quanmian yaoyue shougou*') était une des mesures les plus importantes instituées par la loi sur les titres de 1998. Cependant, la rigidité du régime rendit le coût de l'acquisition élevé et compliqua la transaction. Or, «*l'offre publique d'achat des actions **entière ou partielle** de la société cible*» de la disposition de l'article 88 de la nouvelle Loi sur les Titres de 2005 permet aux sociétés de décider la quantité d'achat selon le cours du marché et son propre besoin, soit l'achat entier, soit l'achat partiel. Depuis lors, le régime de l'offre publique d'achat entière et celui de l'offre publique d'achat partielle ('部分要约收购', '*bufen yaoyue shougou*') coexistent.

⁶⁶³ Dans la réalité, d'autres formes de fusion et d'acquisition sur le marché capital sont les suivantes : l'acquisition indirecte d'une société cotée à travers la fusion de l'actionnaire holding de celle-ci, la nouvelle

De surcroît, l'article 88 alinéa 2 de la nouvelle loi indique que la société acquéreuse et les actionnaires de la société cotée cible doivent s'entendre en cas d'offre d'achat partiel, et que si la quantité des actions que les actionnaires de la société cotée cible s'engagent à vendre à la société acquéreuse dépasse les limites de l'achat prévues par celle-ci, l'acquéreur effectuera l'opération d'achat de manière proportionnelle. Le principe de proportionnalité a pour but d'éviter l'opération 'partielle' d'achat de la société acquéreuse afin que tous les actionnaires de la société cible obtiennent des traitements égaux et une chance égale sous la même condition d'achat.

528. Il faut cependant faire état de ce que le régime de l'acquisition impérative entière ou partielle n'appartient pas qu'à l'offre publique d'achat, mais aussi à l'achat de concert. Elle se trouve énoncée par l'article 96 de la nouvelle loi des titres, « *Dans l'achat de concert, lorsque l'investisseur détient ou détient en concertation ou par d'autres arrangements avec d'autres investisseurs 30% des actions d'une société cotée, et lorsqu'il continue (ils continuent) d'acheter les actions de cette société, il doit (ils doivent) transmettre à tous les actionnaires de la société cible l'offre d'achat des actions **entière ou partielle** de la société cible.* » Ainsi, la lacune en la matière est comblée.

529. Quant à l'interdiction de vente, il s'agit de l'application du principe du droit des contrats. Dans la fusion et l'acquisition d'offre publique d'achat sur le marché boursier, la publication de l'offre d'achat de l'acquéreur est 'l'offre' au sens du droit des contrats, tandis que les actes des actionnaires de la société cible d'accepter les conditions de l'offre de l'acquéreur constituent 'l'acceptation'. Selon la force obligatoire du contrat, dès que les parties ont contracté, elles sont tenues de respecter leurs engagements. Ce qu'elles ont convenu s'impose à elles sans qu'il soit besoin du renfort d'aucune norme. L'accord des volontés est par lui-même créateur d'obligation. «*Il en résulte qu'aucune des parties ne pourrait se délier par sa seule volonté sans engager sa responsabilité. Le consentement mutuel peut seul dénouer ce qu'il a noué. Et les parties doivent bien évidemment exécuter fidèlement les obligations nées du contrat.*»⁶⁶⁴ Par conséquent, si l'acquéreur vend les actions qu'il a déjà détenues après la publication de l'offre d'achat public, il contreviendra au but de

émission nominative des actions, et des opérations en cas d'héritage et de donation.

⁶⁶⁴ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les Obligations*, 11^e éd. Dalloz. 2007. p.30.

l'acquisition dans son compte rendu à la CRBC et au marché boursier où il s'est inscrit et transgressera le principe général de l'obligation du consentement.

De ce fait, l'article 93 de la Loi sur les Titres de 2005 prévoit que «*Dans la fusion et l'acquisition de l'offre publique d'achat, il est interdit à l'acquéreur de vendre les actions de la société cible au cours de l'acquisition, ou d'acheter les actions de la société cible de façon imprévue dans son offre.*» En plus, les actions de la société cible détenues par la société acquéreuse ne doivent pas être transférées ou cédées dans un délai de douze mois à compter du jour de l'accomplissement de l'opération de la fusion et de l'acquisition (art.98 de la loi précitée). Ces deux articles mettent un frein à la manipulation du marché boursier au détriment des intérêts des petits actionnaires par le truchement de l'écart des prix avant la publication de l'offre et après l'accomplissement de l'opération de l'acquisition. Cela étant, sera assurée la finalité de la stratégie de l'Etat chinois dans la fusion et l'acquisition sur le marché capital, qui est la restauration stratégique des entreprises performantes, et l'augmentation de la valeur de la société sur le marché, et de leur compétitivité mondiale.

530. A l'égard du retrait du marché boursier, l'article 97 alinéa 1 prévoit qu'«*à la fin du délai de l'acquisition, lorsque la répartition des actions de la société cible sur le marché boursier ne correspond pas à la condition de la cote, la Bourse doit mettre fin à la transaction des actions de la société cible conformément à la loi. D'autres actionnaires de celle-ci qui ont encore détenu ces actions ont le droit de demander à l'acquéreur d'en acheter selon la même condition proposée dans l'offre d'achat public, tandis que l'acquéreur doit en acheter.*» Contrairement à l'ancienne loi dont la condition d'arrêt de transaction des actions de la société cible était fixée à 75% des actions détenues par l'acquéreur, tandis que la condition du retrait du marché boursier était que l'acquéreur ait déjà obtenu 90% des actions de la société cible, cette disposition supprime les conditions rigides, en conférant le pouvoir de cesser la transaction des actions à la Bourse.

B. Règlements sectoriels publiés par la CRBC

531. Les règlements administratifs et sectoriels, souvent à titre d'essai, sous forme d'«Avis», «Communication», «Directive», «Orientation» ou «Règlement d'application» jouent un rôle tellement important qu'ils entreprennent de légaliser et réglementer les actes économiques comme une expérimentation avant la législation et

qu'ils comblent les lacunes quand les circonstances ne permettent pas une législation précipitée.⁶⁶⁵ Actuellement, ce sont les règlements sectoriels, en particulier ceux de la CRBC, qui l'emportent. Il est donc conseillé d'accorder une attention particulière aux règlements de la Commission de Régulation Boursière de Chine.

La fusion et l'acquisition sur le marché boursier portent souvent sur une opération très concrète. Alors, le processus, la méthode et l'instruction de l'opération deviennent le contenu principal des règlements sectoriels dans ce domaine. Nous allons les analyser selon deux ordres, à savoir, l'ordre chronologique et l'ordre de l'importance.

532. Dans l'ordre d'entrée en scène de ces règlements, apparaissent au premier rang les «Directives d'application (à titre d'essai) de la mise au jour des informations sur la société qui émet ses actions au public» publiées en juin 1993 dont le chapitre V intitulé 'le Report provisoire---Avis au public relatif à l'Acquisition des Sociétés' institue des règles très détaillées sur le changement du droit des actions et la révélation des informations au cours de l'opération de la fusion et de l'acquisition entre sociétés cotées. Ce chapitre constitue désormais la base des règlements et des lois postérieures en matière de publication des informations de fusion et d'acquisition des sociétés cotées. Au mois d'août 1993 ont vu le jour des « Procédés provisoires d'interdire les dols dans la transaction des actions » qui sont les premiers règlements visant l'infraction à l'obligation sur l'information de fusion et acquisition, et les dols dans l'opération de la fusion, de la réorganisation et de la cession des sociétés cotées en bourse.

En 2001, la CRBC a publié successivement la «Communication sur certaines questions relatives au transfert dans l'offre publique des actions hors-circulation des sociétés cotées en bourse»⁶⁶⁶, la «Communication sur le renforcement de la régularisation des activités concernant le transfert de concert des actions hors-circulation des sociétés cotées en bourse»⁶⁶⁷, l'«Avis sur certaines questions relatives à l'investissement étranger dans la transaction des actions des sociétés cotées en bourse»⁶⁶⁸ et la «Communication sur l'achat et la vente de manière importante des

⁶⁶⁵ Dans le domaine de la fusion et de l'acquisition des sociétés cotées sur le marché du capital, le règlement administratif le plus ancien publié par le CAE était «Les Règlements provisoires relatifs à l'émission des actions et à la gestion de la transaction des actions» du 22 avril 1993. Pourtant, la caducité de ce règlement provoqua son inapplicabilité dans la pratique, dès l'entrée en vigueur de la Loi sur les Titres de 1998.

⁶⁶⁶ L'ordonnance n° 88 (2001) de la CSRC.

⁶⁶⁷ L'ordonnance n°119(2001) de la CSRC.

⁶⁶⁸ L'ordonnance n°538 (2001) de CSRS et MOC.

actifs des sociétés cotées en bourse», «Communication sur certaines questions relatives à l'achat, la vente et au transfert des actifs de manière importante entre les sociétés cotées en bourse»⁶⁶⁹.

A la suite, en 2005, quelques règlements ont vu le jour au fur et à mesure de l'approfondissement de la réforme et de la maturité du marché du capital. Ce sont les «Procédés administratifs du rachat des actions des masses populaires par la société cotée en bourse (à titre d'essai)»⁶⁷⁰, la «Communication sur certaines questions relatives à l'augmentation de la détention des actions des masses populaires par les actionnaires après la transformation réformée d'entreprise en société cotée en bourse »⁶⁷¹ et les «Procédés administratifs de l'investissement étranger stratégique visant les sociétés chinoises cotées en bourse»⁶⁷².

L'an 2006 a marqué un tournant dans l'histoire du développement du marché du capital de l'Etat chinois, la nouvelle loi des sociétés et la nouvelle loi des titres entrant en vigueur au début de l'année (1^{er} janvier 2006). A partir de cette année-là, plusieurs règlements sectoriels importants occupent une situation en vue dans le cadre réglementaire de la fusion et de l'acquisition des sociétés cotées en bourse : les «Procédés administratifs de la fusion et de l'acquisition des sociétés cotées en bourse»⁶⁷³ de 2006, modifiés en 2008 par l'ordonnance n°56⁶⁷⁴ de la CRBR, les «Règlements relatifs à l'acquisition des sociétés chinoises par les investisseurs étrangers »⁶⁷⁵, la «Décision sur la création du Comité de censure de la fusion et réorganisation des sociétés cotées en bourse dans la Commission de censure de l'émission des actions»⁶⁷⁶, les «Statuts de travail du Comité de régulation de la fusion et réorganisation des sociétés cotées en bourse»⁶⁷⁷, les «Procédés administratifs de la réorganisation de manière importante des actifs des sociétés cotées en bourse»⁶⁷⁸ et les «Procédés administratifs sur le conseil professionnel du comptable dans la fusion et la réorganisation des sociétés cotées en bourse»⁶⁷⁹, etc.

⁶⁶⁹L'ordonnance n°105 (2001) de la CSRC.

⁶⁷⁰L'ordonnance n°51 (2005) de la CSRC.

⁶⁷¹L'ordonnance n° 52 (2005) de la CSRC.

⁶⁷²L'ordonnance n°28 (2005) du MOC, de l'AIC, de CSRC.

⁶⁷³L'ordonnance n°35 (2006) de la CSRC.

⁶⁷⁴L'ordonnance n°56 (2008) de la CSRC.

⁶⁷⁵L'ordonnance n°10 (2006) du MOC, de l'AIC, de l'AF.

⁶⁷⁶L'ordonnance n°93 (2007) de la CSRC.

⁶⁷⁷L'ordonnance n°94 (2007) de la CSRC.

⁶⁷⁸L'ordonnance n°53 (2008) de la CSRC.

⁶⁷⁹L'ordonnance n°54 (2008) de la CSRC.

Sous l'angle de la position importante des règlements dans le cadre réglementaire de la fusion et de l'acquisition sur le marché du capital, il est particulièrement nécessaire de faire état de la «Communication sur certaines questions relatives à l'achat, la vente et le transfert des actifs considérables entre les sociétés cotées en bourse» de 2001, et des «Procédés administratifs de la fusion et de l'acquisition des sociétés cotées en bourse» de 2006.

1. «Communication sur certaines questions relatives à l'achat, à la vente et au transfert des actifs considérables entre les sociétés cotées en bourse» de 2001

533. La Communication définit pour la première fois l'acte de l'achat, de la vente et du transfert des actifs considérables des sociétés cotées en bourse, institue les principes et la procédure de l'opération de l'achat, de la vente et du transfert des actifs considérables et la fonction de la Commission de Régulation boursière de Chine.

Aux termes de la Communication précitée, l'acte de l'achat, de la vente et du transfert des actifs considérables des sociétés cotées en bourse désigne une des situations suivantes :

- les actifs totaux de l'achat, de la vente et du transfert atteignent 50% des actifs totaux d'une année budgétaire de la société cotée en bourse ;
- les actifs nets (les passifs déduits des actifs totaux) de l'achat, de la vente et du transfert atteignent 50% de la totalité des actifs nets d'une année budgétaire de la société cotée en bourse ;
- les chiffres d'affaires produits par les actifs de l'achat, de la vente et du transfert dans la dernière année budgétaire atteint 50% de la totalité des chiffres d'affaires d'une année budgétaire de la société cotée en bourse.

Lorsque la société cotée en bourse effectue l'opération de l'achat, de la vente et du transfert des actifs considérables prévue par l'article 1 de la Communication précitée, elle doit se conformer au principe de favoriser le développement durable de la société cotée en bourse sur le marché du capital, de sauvegarder les intérêts de tous les actionnaires qu'ils soient petits ou grands, de non-compétition entre la société holding et les filiales, de l'indépendance du comptable, des personnels et de l'intégration des actifs des filiales et au principe de l'indépendance de la société cotée en bourse dans les exploitations économiques en matière de provision, de production,

de vente et de propriété intellectuelle, etc.(art.3) De même, elle doit répondre aux conditions prévues par le règlement présent :

- après l'opération, elle possède toujours la condition à la cote ;
- après l'opération, elle possède la capacité d'exploitation constante ;
- la propriété des actifs concernés par l'opération de l'achat, de la vente et du transfert considérable des actifs est décantée, sans aucun litige possessoire ;
- il n'existe aucune autre circonstance qui porte préjudice aux intérêts de la société cotée et de tous les actionnaires dans ou après l'opération de l'achat, de la vente et du transfert considérable des actifs.(art.4)

En ce qui concerne la fonction de la CRBC, le principe de rapidité et d'efficacité de la procédure exige que la CRBC vérifie les dossiers rendus par la société cotée de l'opération dans les 20 jours ouvrables à compter du jour du dépôt des dossiers, tandis que le principe de transparence, d'impartialité de l'administration impose la sanction administrative aux fonctionnaires de la CBRC et de la Bourse qui l'ont transgressé (art.7).

2. «Procédés administratifs de la fusion et de l'acquisition des sociétés cotées en bourse» de 2006

534. L'entrée en vigueur de la Loi sur les Titres et la Loi des Sociétés du 1^{er} janvier 2006 accélère la publication des directives assorties d'application de ces deux lois. Au 31 juillet 2006, décrétés par la CRBC, les «Procédés administratifs de la fusion et de l'acquisition des sociétés cotées en bourse» ont vu le jour en tant que règlement complet et fouillé spécifiquement voué à la fusion et à l'acquisition des sociétés cotées en bourse sur le marché du capital. Les procédés élaborent ceux qui ont été établis dans les deux lois en matière de fusion et d'acquisition sur le marché du capital, tout en complétant ces deux lois par de nouvelles règles. Evitant d'aborder les mêmes sujets déjà analysés, il y a tout lieu de n'envisager que de nouvelles règles décrétées par les procédés précités. C'est alors que nous ne pouvons pas contourner les sujets sur la qualification de l'investisseur dans l'opération de la fusion et de l'acquisition, et sur l'acquisition indirecte, sur la demande de l'exemption et sur la responsabilité juridique.

Premièrement, la qualification de l'investisseur.

535. Pour protéger les droits et intérêts légaux de la société cotée cible et de tous ses actionnaires, l'investisseur doit d'abord passer au tamis sa qualification en tant

qu'acquéreur de bonne conduite et de bonne foi. A cet égard, les procédés se servent de la méthode de l'exclusion. En d'autres termes, malgré leur intention d'acquérir une société cotée en bourse, tous les investisseurs qui répondent aux conditions d'exclusion fixées par les procédés ne peuvent avoir la qualification d'acquérir une société cotée en bourse. Ces conditions d'exclusion sont les suivantes :

- l'acquéreur est débiteur d'une dette du montant important dont il ne s'est pas acquitté ;
- l'acquéreur a effectué des activités gravement illégales ou est suspect d'une infraction grave de la loi pendant ces trois dernières années ;
- l'acquéreur a commis des actes gravement discrédités sur le marché boursier pendant ces trois dernières années ;
- l'acquéreur est personne physique qui a répondu aux normes statuées par l'article 147 de la Loi des Sociétés de 2005 ;
- d'autres cas de non-qualification de l'acquisition estimés par la loi, les règlements administratifs et sectoriels et la Commission de Régulation boursière de Chine.⁶⁸⁰

Si l'investisseur correspond à un des cinq cas susmentionnés, il n'a point droit d'effectuer une opération de fusion et d'acquisition d'une société cotée en bourse. Ce sont les vices de qualification d'acquéreur. Cependant, même s'il n'existe pas de vice de qualification, l'acquéreur ne peut non plus effectuer l'opération de la fusion et de l'acquisition d'une société cotée avant qu'il engage un conseiller financier de l'organisme professionnel des comptables qualifiés qui se sont fait inscrire en Chine pour un auto-contrôle efficace du comptable⁶⁸¹.

Deuxièmement, l'acquisition indirecte.

536. La Loi des Sociétés et la Loi sur les Titres instaurent deux formes de fusion et d'acquisition sur le marché du capital, à savoir, celle de l'offre publique d'achat et celle de concert. Il s'agit de l'opération de fusion par l'investisseur sur le marché du capital, qui peut être une ou plusieurs sociétés cotées en bourse ou actionnaires de société cotée en bourse. Ceci dit, ce genre de fusion et acquisition est 'la fusion et l'acquisition directe' inférée selon les termes statutaires, puisque les procédés précités y ont ajouté une autre forme de l'acquisition dans son chapitre 5: la fusion et

⁶⁸⁰ L'article 6 des Procédés de 2006.

⁶⁸¹ L'article 9 des Procédés de 2006.

l'acquisition 'indirecte' qui est en effet un phénomène qui existe *ab initio* du lancement du marché boursier en Chine.

Le chapitre 5 intitulé 'l'acquisition indirecte' porte sur les obligations de l'acquéreur qui n'est pas l'actionnaire des sociétés cotées, ni la société cotée en bourse, mais est considéré comme contrôlant une société cotée lorsqu'il détient au moins 5% des actions émises par celle-ci par la voie de la relation investisseuse, du protocole d'accord, des autres arrangements⁶⁸². Lui sont applicables, selon les termes de l'article 57 des Procédés administratifs de 2006, les obligations visant aux investisseurs dans le marché boursier (les sociétés cotées en bourse et les actionnaires des sociétés cotées en bourse) à dénoncer l'information de la détention des actions d'une société cotée et de transmettre son offre d'achat à tous les actionnaires de la société cible. Une seule différence entre l'obligation de l'investisseur sur le marché boursier et celle de l'investisseur hors marché boursier est que l'investisseur sur le marché boursier a une alternative entre *l'offre d'achat des actions entière et partielle de la société cible*", lorsqu'il détient 30% des actions d'une société cotée, et qu'il continue d'acheter les actions de cette société (art.88 alinéa1 de la Loi sur les Titres), tandis que l'investisseur hors marché boursier n'a qu'un choix---il doit transmettre l'offre d'achat à tous les actionnaires de la société cotée cible, lorsqu'il détient 30% des actions d'une société cotée (art.56 alinéa 2 des Procédés de 2006). Par rapport à l'opération par l'investisseur coté en bourse, le prix de revient et la procédure de l'opération de fusion et d'acquisition par l'investisseur qui n'est pas coté, ni actionnaire d'une société cotée seront sans doute plus élevés et compliqués. C'est peut-être un des procédés de la CRBC pour encourager davantage l'inscription à la cote.

Troisièmement, la demande de l'exemption.

537. Selon les termes de l'article 24 des Procédés administratifs de 2006, «*Par l'intermédiaire de la transaction des actions sur les marchés boursiers, lorsque l'acquéreur détient 30% des actions émises en circulation d'une société cotée, et qu'il augmente continuellement la détention de ses actions, il doit le faire à la façon de l'offre publique d'achat en transmettant à tous les actionnaires de la société cible l'offre d'achat des actions entière ou partielle de la société cible.*» C'est le sosie de l'article 88 alinéa 1 de la Loi sur les Titres de 2006. Ainsi, l'augmentation de la

⁶⁸² L'article 56 des Procédés de 2006.

détention des actions d'une société cotée en bourse sur la base de la détention de 30% des actions cibles n'exige qu'une seule forme obligatoire---l'offre publique d'achat, qu'elle soit entière ou partielle. Cependant, l'acquéreur peut demander à la CRBC une exemption de l'offre publique d'achat, si les circonstances prévues par les Procédés de 2006 apparaissent au cours de l'opération de l'acquisition⁶⁸³.

Si la CRBC n'a pas rendu un avis contraire dans un délai de cinq jours ouvrables à compter du reçu du dépôt des dossiers, l'investisseur intéressé pourrait demander à la Bourse où il s'inscrit d'effectuer le transfert des actions et d'enregistrer cette opération. Si la CRBC a refusé la demande de la procédure simple dans le même délai, l'investisseur intéressé doit présenter sa demande d'exemption à la CBRC, conformément à l'article 62 des Procédés précités.

Quatrièmement, la responsabilité administrative et juridique.

538. D'après les dispositifs du chapitre 9 des Procédés de 2006, la responsabilité des acteurs économiques sur le marché du capital se classe en deux catégories selon la gravité de l'infraction : l'une est la responsabilité administrative en raison de l'infraction aux obligations de notification et de publication de l'information sur la détention des actions d'une société cotée, lorsque la détention des actions a atteint les seuils de 5% ou de 30% ; l'autre est la responsabilité juridique du fait du délit d'initié. Les mesures coercitives de la CRBC varient selon les différentes responsabilités assumées par les acteurs économiques sur le marché boursier.

Les investisseurs qui effectuent l'opération de la fusion et de l'acquisition sur le marché boursier ont l'obligation de notifier la CRBC et de publier à la Bourse l'information de la détention de 5% ou de 30% des actions émises d'une société cotée. Son rapport à la notification et à la publication doit être authentique et complet, sans aucun élément falsifié ou trompeur, ni aucune omission intentionnelle. En même temps, ces rapports à la notification et à la publication doivent être rédigés sous la surveillance de son conseiller comptable. Autrement, ils encourent des mesures coercitives administratives, telles que l'entretien sur convocation de la CRBC, la lettre d'avertissement, l'injonction de la suspension de la transaction des actions ou de l'opération de la fusion et de l'acquisition (art.75, 76 des Procédés précités), l'amende pécuniaire, la révocation du permis de commerce de titres et même la confiscation des biens. Au terme de l'expiration du délai de l'offre publique

⁶⁸³ En effet, à l'égard de la demande d'exemption de l'offre publique d'achat, l'article 62 et l'article 63 des

d'achat, si l'acquéreur n'effectue pas le versement du montant de l'acquisition, il sera interdit d'une autre opération de fusion et d'acquisition d'une société cotée sur le marché boursier dans trois ans à compter du jour de son déni de versement.

Lorsque l'investisseur commet le délit d'initiés en manipulant le marché boursier, une poursuite judiciaire l'attend sur la base de l'enquête déclenchée par la CRBC. La sanction pénale sera envisageable.⁶⁸⁴

539. Force est de constater que dans la transition du régime d'économie planifiée à celui d'économie de marché, les activités économiques sont marquées par l'intervention administrative qui est en particulier fréquente dans la fusion et l'acquisition des sociétés, notamment des entreprises d'Etat ou collectives. En général, cette intervention se manifeste sous trois aspects :

La plus fréquente est l'ordonnance coercitive de l'administration locale ou sectorielle qui impose l'acquisition d'une entreprise par une autre entreprise étatique ou collective ou qui impose le transfert gratuit des actifs d'une entreprise étatique à l'autre entreprise étatique. Le but de ce genre d'intervention est de déposséder l'entreprise d'Etat des mauvais passifs pour qu'elle puisse se mettre dans un état compétitif et performant sur le marché tant national que mondial. C'est une des mesures du projet de restructuration des entreprises étatiques du Gouvernement central. Effectivement, dans les années 90, la plupart des opérations de fusion et d'acquisition ont laissé la trace de l'intervention directe ou indirecte de l'administration. A titre d'exemple, la fusion de '*Qingdao Hongxing*' et de '*Groupe Aide de Guangdong*' par *Haier Groupe Electroménager*⁶⁸⁵ constitue un des rares cas de fusion avec succès réalisé grâce à l'intervention de l'administration locale.

Procédés de 2006 de la CRBC ont instauré deux procédures, procédure ordinaire et procédure simple.

⁶⁸⁴ Effectivement, pour renforcer la supervision boursière, la CRBC, en publiant ses «Statuts de travail du Comité de régulation de la fusion et de la réorganisation des sociétés cotées en bourse» en juillet 2007 et d'autres règlements du travail, a réformé davantage encore son mécanisme d'application de la loi. Autant dire que le résultat de son travail est remarquable. Les chiffres de Xinhua l'a bien illustré : fin juin 2009, 205 personnes ont été interdites de faire des opérations sur les bourses par la CRBC, dont 55 à vie. 548 personnes ont été infligées des amendes et les permis de commerce de titres de 30 personnes impliquées dans des délits d'initiés et des falsifications de prix ont été révoqués. 190,97 millions de yuans de gains illégaux (approximativement 19,1 millions d'euros) ont été confisqués, 157 personnes ont été condamnées à des amendes pour un montant de 216,05 millions de yuans (approximativement 21,6 millions d'euros). Xinhua News Agency, le 31 juillet 2009.

⁶⁸⁵ *Haier Groupe Electroménager*, entreprise d'Etat de grande envergure, siégée à Shandong province de Chine, dans les domaines de recherche, de production, de commerce des produits électroménagers fondés sur la base de la technique allemande Liebherr introduite en 1984, regroupée par *l'entreprise de réfrigérateur de Qingdao*, *l'entreprise de congélateur de Qingdao* et *l'entreprise de climatiseur de Qingdao* en 1991, crée une société à responsabilité limitée de « jointe-venture » de machine à laver à rouleau avec une société italienne '*Merloni Elettrodomestici Spa*' en juillet 1993. En 1995, les chiffres d'affaires de sa vente des machines à laver commencent à occuper le 1^{er} rang dans le marché chinois.

Même si l'intervention administrative n'est pas toujours une mauvaise chose à l'égard de la stratégie nationale de renforcer la compétitivité des entreprises nationales, particulièrement pendant la période de transition du régime économique, trop d'interventions déforment inévitablement le jeu du marché en matière de fusion des sociétés. Aussi, l'administration locale ou sectorielle se sert-elle souvent de l'ordonnance administrative pour empêcher par la force la fusion et l'acquisition des entreprises sur la base du principe du libre consentement et des avantages réciproques.

Le troisième aspect de l'intervention administrative est que, dépourvue du statut juridique de l'acteur économique, l'administration vend l'entreprise d'Etat ou collective à son gré. Les «Explications relatives à l'application de la loi sur le contentieux administratif» du 24 novembre 1999, publiées par la Cour populaire suprême, en tant que remède de ces problèmes ont eu comme effet de diminuer la fréquence des actes administratifs concrets.

§2. Régime particulier de fusion et d'acquisition intervenue par les fonds étrangers

540. Pour autant que la distinction existe entre les entreprises à capital de source exclusivement chinoise et celles à capital de source étrangère dans le régime juridique de la République populaire de Chine, il y a tout lieu d'éclaircir quelques questions essentielles sur le régime particulier et dérogatoire consacré à la fusion et l'acquisition effectuée par les capitaux étrangers en Chine (I) avant d'étudier ce régime spécifique de la fusion et acquisition (II).

I. Questions essentielles sur le régime de fusion et d'acquisition effectuées par les fonds étrangers

La société *Qingdao Hongxing* qui était une des trois entreprises d'Etat les plus grandes et les plus anciennes dans le domaine de la production de machines à laver, avec les équipements complets, la technique relativement de pointe et les ouvriers bien qualifiés, pourtant une entreprise déficitaire avec un pourcentage de déficit de 143.65%, soit 133 millions yuans de dette en 1995. Dans cette affaire, le 4 juillet 1995, le gouvernement local - la municipalité de Qingdao-, décide d'incorporer la société *Qingdao Hongxing* toute entière dans *Haier Groupe Electroménager*. Sans aucun prix de revient pour cette fusion, *Haier Groupe Electroménager* élargit davantage sa position dominante sur le marché chinois. Trois mois après l'opération de fusion imposée par le gouvernement local, la filiale *Qingdao Hongxing* de *Haier Groupe Electroménager* a redressé la situation déficitaire et réalisé des bénéfices. A la fin de 1995, elle est devenue le numéro un dans la production et l'exportation de machines à laver à l'échelle nationale.

Quant à la fusion d'*Aide Groupe Electroménager* par *Haier Groupe Electroménager* en 1996, elle était le fruit de l'intervention indirecte du gouvernement local qui a joué un rôle intermédiaire pour encourager la fusion entre les deux groupes avant l'opération, et un rôle de protecteur et de sponsor après l'opération. Après l'opération, la filiale *Groupe Aide Electroménager* de *Haier Groupe Electroménager* devient bénéficiaire des mesures préférentielles du gouvernement local en matière de prêts bancaires, de taxes, de traitements budgétaires, d'usage de l'électricité, de l'eau, et du terrain.

541. Le développement du marché chinois à l'égard de la fusion et de l'acquisition effectuée par les investisseurs étrangers doit revenir à la perfection de la politique en la matière. Donc, avant de nous plonger dans l'évolution historique de la politique de fusion et d'acquisition consacrée aux investisseurs étrangers (**B**), il est nécessaire de clarifier quelques définitions essentielles concernant les fonds étrangers et les formes principales de la fusion et de l'acquisition effectuées par ces fonds étrangers (**A**).

A. Quelques définitions

1. « Fonds étrangers »

542. Le « fonds étranger » (‘外资’, ‘*Waizi*’) n'est en effet délimité comme un terme précisément juridique par aucune loi, ni aucune réglementation administrative, mais est une appellation à la portée de tous, qui est apparue pourtant dans presque tous les documents officiels, qu'ils soient législatifs ou administratifs. C'est une abréviation en langue chinoise pour désigner toutes sortes d'investissements étrangers sous l'optique du pays d'accueil. Cependant, il est impératif de clarifier l'usage et l'extension de ce terme au sens juridique.

En général, ce terme est employé dans deux sens: d'une part, pour désigner l'investisseur étranger : en ce sens là, le statut et la nature de l'investissement en Chine sont déterminés dans la pratique en fonction de la nationalité et du domicile de l'investisseur, qu'il soit une personne morale ou physique. C'est ainsi qu'une personne morale ou physique ayant la nationalité étrangère ou un domicile principal ou le siège principal social à l'étranger qui effectue une activité économique en Chine est investisseur étranger. D'autre part, ce terme désigne les capitaux ou les fonds qui proviennent de l'étranger ou qui sont détenus légalement par l'investisseur étranger à travers son implantation en Chine en créant une EPE. En combinaison avec ces deux sens, le terme de « fonds étrangers » peut être défini juridiquement comme les capitaux employés par les investisseurs étrangers pour acquérir les droits des actions ou d'autres droits sociaux des sociétés chinoises de droit chinois, celles-ci composent des sociétés de capital à source exclusivement chinoise et des sociétés à participation étrangère.

543. En ce qui concerne l'extension de ce terme au sens juridique, il est extensible de trois manières.

Premièrement, outre les investisseurs qui ont la nationalité étrangère ou le domicile principal ou le siège social à l'étranger, les investissements effectués par les

investisseurs, personnes morales ou physiques qui ont la nationalité de HongKong, de Macao et de Taiwan ou le domicile principal ou le siège social à HongKong, Macao ou Taiwan sont considérés comme investissement étranger.⁶⁸⁶ Considérés comme investissement étranger, leurs investissements sur le continent-mère se soumettent au régime spécial, dérogatoire consacré aux investisseurs étrangers.⁶⁸⁷

Deuxièmement, en dehors des capitaux provenant de l'étranger, les revenus légitimes des investisseurs étrangers issus de leurs investissements en Chine par l'intermédiaire de leurs succursales, les bureaux de leurs représentants, leurs entreprises à capital exclusivement étranger ou les joint-ventures sino-étrangers sont aussi considérés comme des fonds étrangers. En général, les apports de l'investisseur étranger à son investissement en Chine sont venus de l'étranger sous forme de devise étrangère. Cependant, au fil de l'approfondissement de la réforme économique, ces apports des investisseurs étrangers se sont non seulement enracinés dans le territoire chinois par la création de toutes sortes d'entités économiques de droit chinois, mais aussi ont porté des fruits abondants comme des bénéfices ou profits d'exploitation issus de leurs investissements initiaux sous forme de *yuan* RMB. L'intention des investisseurs étrangers de réinvestir en Chine par leurs bénéfices ou profits d'exploitation issus du territoire chinois correspond exactement à la politique d'investissements étrangers de l'Etat chinois. Ainsi, les profits sous forme de RMB détenus légitimement par les investisseurs étrangers sont considérés naturellement comme des fonds étrangers. Théoriquement, sont recensés comme fonds étrangers toutes sortes de fonds, des patrimoines, des actifs qui sont obtenus et détenus légitimement par l'investisseur étranger dans le territoire chinois, et qui sont transférables librement en devise étrangère pour être rapatriés à l'étranger conformément aux règles relatives à la gestion des devises étrangères de la Chine.

Troisièmement, en ce qui concerne le sujet de l'investissement étranger en droit chinois, l'investisseur étranger peut être une personne morale ou physique qui ne

⁶⁸⁶ En conformité avec les engagements chinois à l'accession à l'OMC, l'Etat chinois respecte le statut économique indépendant de ses trois régions spéciales au sein de l'OMC. Par conséquent, toutes les législations et toutes les réglementations administratives dans le domaine de l'investissement étranger confirment les traitements préférentiels consacrés aux investisseurs de HongKong, de Macao et de Taiwan.

⁶⁸⁷ Par exemple, l'article 60 du «Règlement relatif à la fusion et l'acquisition des entreprises chinoises par investisseurs étrangers» de 2006, l'article 10 de la «Circulaire relative au transfert d'actions détenues par les sociétés d'Etat et par d'autres sociétés au sein des sociétés chinoises par actions cotées en Bourse à des investisseurs étrangers» de 2002, et l'article 18 du «Règlement provisoire relatif à la restructuration des entreprises d'Etat par l'intervention des fonds étrangers» de 2003, tous ces articles ont pris la même disposition relative au statut des investisseurs de HongKong, de Macao et de Taiwan en instaurant que les règlements

s'est pas encore implantée en Chine, ou une personne morale de droit chinois qui est souvent sous la forme de l' EPE, de la société par action à participation étrangère, et particulièrement de la société holding dont la création a pour finalité de fusionner ou d'acquérir des entreprises chinoises.

En définitive, le terme de « fonds étrangers » prend un sens large dans le régime chinois de la fusion et de l'acquisition effectuées par l'investisseur étranger. Parfois, il représente les capitaux provenant directement de l'étranger ou de l'investisseur étranger au sens propre qui n'a pas implanté sa filiale en Chine, parfois des capitaux générés en Chine, mais détenus par l'investisseur étranger à travers sa filiale créée en Chine. Puisque le droit chinois distingue ces deux différents aspects de l'investissement étranger, notre analyse commence par les opérations ayant nature de fusion ou d'acquisition par les entreprises ou sociétés à participation étrangère, et finit par la fusion et l'acquisition par les investisseurs étrangers au sens propre.

2. « Fusion » et « acquisition »

544. Aucun texte législatif n'est consacré à la notion du terme de « fusion » et d' « acquisition ». Le terme employé pour désigner la fusion et l'acquisition dans le droit chinois en Chine est « ‘并购’, ‘binggou’ » qui est en effet une abréviation de la traduction du terme anglais, à savoir, Merger and Acquisition (M&A). Les juristes et les praticiens chinois ont essayé de donner une définition au terme, en consultant les ouvrages des Etats-Unis et de la Grande Bretagne⁶⁸⁸.

545. En effet, même les bases du droit antitrust américain, à savoir, Sherman Act et Clayton Acte ne donnent aucune définition de ces deux termes. Le mot « merger » employé habituellement dans les analyses antitrust américaines désigne une union permanente des entreprises antérieurement indépendantes. Dans l'usage actuel, les mots « mergers » et « acquisitions » sont substituables. « *Generally, we may speak interchangeably of mergers, consolidations, acquisitions, amalgamations, or other forms of union that replace independent decision-making institutions with a unified system of control.* » Et « *Mergers are usually classified according to the market relationship of the merging parties: horizontal mergers involve parties that are*

précités sont applicables aux investisseurs de ces trois régions et aux entreprises déjà créées par les investisseurs venus de ces trois régions.

⁶⁸⁸ JIANG Ping, *Nouveau Manuel du Droit sur les Sociétés*, Edition du Droit, 1998, p.84. L'auteur a cité la définition de M&A dans le cas de *Morris v. Investment Life Ins. Co.* cf. YE Jun, PAO Zhi, *An Anatomy of Merger and Acquisitions of Domestic Enterprises by Foreign Investors-From Legal Perspective*, édition du Droit, 2007. p. 3.

*competitors; vertical mergers, parties that are or could become buyer and seller; and conglomerate mergers, every other case»*⁶⁸⁹. En ce sens, le mot «merger» équivaut au mot- 'Concentration' en droit européen.

546. En droit européen de la concurrence, la fusion et l'acquisition sont deux types de concentration. La Communication de la Commission européenne concernant la notion de concentration de 1998⁶⁹⁰ a fait une distinction entre la fusion et l'acquisition. D'après elle, la fusion entre des entreprises antérieurement indépendantes désigne qu' «une concentration est réalisée lorsque deux ou plusieurs entreprises indépendantes fusionnent en créant une nouvelle entreprise et disparaissent en tant que personnes morales distinctes. Une fusion peut également avoir lieu lorsqu'une entreprise est absorbée par une autre, perdant ainsi la personnalité morale.» Cela correspond exactement aux deux formes de fusion : la fusion par absorption, ('吸收合并', 'xishou hebing'), et la fusion par la création d'une nouvelle société, ('新设合并', 'xinshe hebing') prescrites par la Loi chinoise sur les Sociétés de 2006. Cependant, d'autres formes de fusion en droit européen, en particulier la fusion de fait, fait défaut dans le droit chinois. En droit européen, même en l'absence de concentration sur le plan juridique, la combinaison des activités d'entreprises antérieurement indépendantes aboutissant à la création d'une unité économique est une sorte de fusion, notamment, lorsque deux ou plusieurs entreprises, tout en conservant leur personnalité juridique propre, établissent, sur une base contractuelle, une gestion économique en commun. La condition préalable pour déterminer s'il y a création d'une unité économique commune, est l'existence d'une direction économique unique et permanente.

Quant à la notion de l'acquisition, il s'agit d'une opération de concentration réalisée par la prise du contrôle d'une autre entreprise, soit par une entreprise agissant seule, soit par deux ou plusieurs entreprises agissant conjointement. En France, selon les explications du «Vocabulaire juridique» de Gérard Cornu, une acquisition est le fait de devenir propriétaire d'une manière ou d'une autre.

Malgré l'absence de notions sur les deux termes, le texte législatif français prévoit deux critères alternatifs pour définir une concentration, à savoir, soit un transfert de

⁶⁸⁹ Phillip Areeda et Louis Kaplow, *Antitrust Analysis-Problems, Text and Cases*, CITIC Publishing House, Fifth Edition, 2003. p.785.

⁶⁹⁰ JO C 66 du 2 mars 1998. La Communication de la Commission européenne concernant la notion de concentration au sens du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

propriété ou de jouissance, soit l'acquisition d'une influence déterminante.⁶⁹¹ « Une définition aussi large a évidemment permis à l'administration française d'englober très généreusement les entreprises communes dans le contrôle des concentrations. »⁶⁹²

Il semble, par conséquent, que les efforts pour délimiter les deux termes sont sans grandes portées pratiques, puisque l'on fixe le regard final sur la « concentration » ou le « merger » au sens général.

547. En droit chinois, le texte réglementaire le plus ancien sur la fusion des entreprises est le « Règlement relative à la fusion et la scission des entreprises à participation étrangère » de 1999 publié conjointement par le Ministère du Commerce et l'AIC, dont l'article 3 précise la définition du terme 'fusion' ('合并', 'hebing') :

« La fusion au sens du présent règlement est une activité conforme à la Loi sur les Sociétés, dans laquelle deux ou plusieurs entreprises se combinent en devenant une entreprise. La fusion des entreprises peut prendre deux formes : fusion par absorption et fusion par création d'une nouvelle entreprise. Dans le premier cas, l'entreprise qui absorbe d'autres entreprises subsiste, tandis que les entreprises absorbées se dissolvent. Dans le cas de la fusion par création d'une nouvelle entreprise, les entreprises anciennes se dissolvent. » Cette notion est légalisée par l'article 173 de la Loi sur les Sociétés de 2005 qui reprend presque le même texte.

Par contre, avant 2002, aucun texte législatif ou réglementaire chinois ne définit le terme 'acquisition'. Les termes proches comme 'acheter' ou 'acquérir' ('购买', 'goumai', ou '收购', 'shougou') sont apparus dans les « Principes généraux du droit civil de la République populaire de Chine » de 1986 et dans la Loi sur les Sociétés de 1993. Cependant, au lieu de représenter les opérations sociales, ils ne désignent que les transactions commerciales générales sur le marché. Jusqu'en 2002, les « Mesures relatives à l'acquisition des sociétés cotées » révisées en 2006, donnent sa définition à l'acquisition des sociétés cotées qui est des activités dans lesquelles *« l'acquéreur détient une certaine proportion des actions émises par une société cotée en Bourse par le biais des transactions de transferts des actions à la Bourse, ou détient une certaine proportion des actions émises par une société cotée en Bourse par tout*

⁶⁹¹ En vertu de l'article 39 de l'Ordonnance de 1986 de France, « la concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante ».

d'autre moyen licite, et qui conduisent à l'obtention d'un véritable contrôle sur cette société cotée en Bourse» (art.2).

En 2006, le « Règlement concernant l'acquisition d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers » prévoit deux formes d'*acquisition par les fonds étrangers* ('*外资并购*', '*waizi bingou*'), à savoir, l'acquisition de participation au capital, et celle d'achat d'actifs effectué par les investisseurs étrangers. Finalement, la définition de l'acquisition a pris la même résonance que les termes employés en Europe ou en Amérique.

Tout compte fait, nous nous tenons à l'idée qu'une fusion entre entreprises conduit à la naissance d'une nouvelle entreprise, que ce soit par absorption ou par création d'une société nouvelle ou *du fait de la création d'une véritable unité économique commune* tandis qu'une acquisition entraîne un contrôle direct ou indirect ou une *influence déterminante* sur «*l'ensemble ou les parties d'une ou de plusieurs autres entreprises par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen*»⁶⁹³. Ainsi, laconiquement, le terme « merger & acquisition » (M&A) en anglais en Amérique ou « fusion & acquisition » (F&A) en français en Europe ou « '*并购*', '*Bingou*' » en chinois désigne des activités économiques dans lesquelles les entités économiques sont achetées, vendues, fusionnées, contrôlées, regroupées⁶⁹⁴ ou associées afin de former une puissance sur le marché pour un but lucratif en concentrant leurs forces économiques.

B. Evolution de la politique et de la pratique de fusion et d'acquisition en Chine effectuées par les fonds étrangers

548. L'évolution de la politique et de la pratique de fusion et d'acquisition en Chine effectuées par les fonds étrangers est marquée par la prudence de la direction gouvernementale et l'avance graduelle des pratiques des investisseurs étrangers. Depuis le début des années 1990 jusqu'à présent, le trajet tant en politique qu'en pratiques de fusion et d'acquisition par les investisseurs étrangers peut se scinder en trois étapes : à savoir, période d'essai pendant les années 1990-1999, période de plein assaut au début de 21^e siècle, et période de maturité à partir de 2003.

⁶⁹² Jean-Patrice de la Laurencie, *Le Contrôle des Concentrations*, in *Antitrust between EC Law and National Law*, edited by Enrico Adriano Raffaelli. Bruylant ; Treviso, 13-14 May 1999. pp.251.et 252.

⁶⁹³ Article 3.1.b. du Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil européen du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« Le Règlement CE sur les concentrations »).

549. La maturité du régime de la fusion et de l'acquisition effectuées par les investisseurs étrangers se manifeste en trois aspects :

En premier lieu, le « Règlement provisoire concernant l'acquisition d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers »⁶⁹⁵ du 7 mars 2003 entrant en vigueur le 12 avril 2003 marque l'apparition de la charpente du régime de la fusion et de l'acquisition effectuées par les investisseurs étrangers en Chine. En tant que base générale de régulation des opérations de fusion et d'acquisition des entreprises chinoises par les investisseurs étrangers, il a été retouché et remplacé le 8 août 2006 par le « Règlement relatif à l'acquisition d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers », après avoir acquis trois ans d'expériences d'application, et est entré en vigueur à partir du 8 septembre 2006.

En deuxième lieu, le régime qui régularise la participation des investisseurs étrangers à la restructuration des entreprises d'Etat s'est formé.

Dans la réforme de restructuration des entreprises d'Etat, deux circulaires ne peuvent être négligées : l'une est la « Circulaire concernant les avis de la CAAE sur le travail pour régulariser la restructuration des entreprises d'Etat » transmise par le CAE le 30 novembre 2003, l'autre est la « Circulaire concernant les avis de la CAAE sur le travail approfondi pour régulariser la restructuration des entreprises d'Etat » transmise par le CAE le 19 décembre 2005. Ces deux circulaires mettent à la disposition des investisseurs étrangers une méthode claire et transparente d'aboutir à leur participation à la restructuration des entreprises d'Etat en instaurant des procédures de pré-approbation, de liquidation, d'audit comptable, d'évaluation des actifs et de transaction du transfert des actifs entre l'entreprise d'Etat et l'investisseur étranger.

En ce qui concerne le transfert des actifs de l'Etat, il y a les « Procédés provisoires d'administration du transfert des actifs de l'Etat » promulgués par la CAAE et le Ministère des Finances en 2003, en y ajoutant la « Circulaire concernant la procédure de notification du transfert des actions étatiques au sein des sociétés cotées en Bourse aux investisseurs étrangers ou aux entreprises à participation étrangère » du 26 janvier 2004.

⁶⁹⁴ Seung Chong, *The Law and Practice of Mergers and Acquisitions in the People's Republic of China*, Oxford University Press, 2007. pp.1-17.

⁶⁹⁵ Le Règlement a été promulgué conjointement par le Moftec, l'Administration fiscale de l'Etat, l'AIC et l'ADE,

En troisième lieu, le régime sur l'accès des fonds étrangers au marché chinois du capital se perfectionne. L'accès des fonds étrangers au marché chinois du capital se réalise par voie de transfert des actions de non-circulation hors du marché boursier et du transfert des actions cotées en Bourse.

Quant au règlement relatif au transfert des actions non mises en circulation, il s'agit du Communiqué officiel n° 25 (2005) publié conjointement par le MOC, le Ministère des Finances, la CAAE et la CSRC, qui affirme l'applicabilité continue de la «Circulaire relative au transfert d'actions détenues par les sociétés d'Etat et autres sociétés au sein des sociétés chinoises par actions cotées en Bourse à des investisseurs étrangers» de 2002, et qui répartit les compétences des autorités concernées, ce qui signifie que les affaires ayant trait à l'utilisation des fonds étrangers sont du ressort du MOC, les affaires de transfert des actions étatiques cotées en Bourse détenues par les unités non-financières à des investisseurs étrangers tombent dans le domaine de la compétence de la CAAE, tandis que les affaires de transfert des actions étatiques cotées en Bourse détenues par les sociétés financières à des investisseurs étrangers sont à la charge du Ministère des finances.

S'agissant du transfert des actions en circulation sur le marché boursier émises par les sociétés cotées en Bourse, ce qui le régit ce sont les «Mesures d'administration sur l'investissement stratégique dans les sociétés cotées en Bourse par les investisseurs étrangers» promulguées le 31 décembre 2005 par le MOC, la CSRC, l'Administration fiscale d'Etat, l'ADE.

II. Régime juridique de fusion et d'acquisition par les fonds étrangers

550. *«Les fusions revêtent une réalité et une dimension protéiforme en Chine, liées à la coexistence d'un système d'entreprises d'Etat, collectif d'une part, et d'entreprises de droit privé, d'autre part, qu'elles soient, pour ces dernières, chinoises ou à participation étrangère.»⁶⁹⁶*

Jusqu'au milieu des années 1990, les structures les plus courantes de l'investissement étranger en Chine étaient les sociétés en joint-venture, à savoir société à capitaux mixte sino-étrangers et société de coopération contractuelle (joint-venture contractuel). A partir de la fin du 20^e siècle, l'environnement économique et juridique entrant dans un état de maturité relative par rapport aux années précédentes, a encouragé les

entreprises à capital de sources étrangères à « *diversifier leurs stratégies d'investissement et à songer à l'acquisition d'autres sociétés ou de participations dans des sociétés chinoises.* »⁶⁹⁷

Le droit chinois opère une distinction entre l'acquisition au sens propre par les investisseurs étrangers (**B**) et d'autres opérations ayant nature de fusion ou d'acquisition par les entreprises ou sociétés à participation étrangère (**A**).

A. Opérations ayant nature de fusion ou d'acquisition par les entreprises ou sociétés à participation étrangère

1. Fusion et scission des entreprises à participation étrangère

551. Outre l'article 173 de la Loi sur les Sociétés de 2006 qui instaure les formes de la fusion effectuées par toutes sortes d'entreprises⁶⁹⁸, le «Règlement relatif aux fusions et scissions des entreprises à participation étrangère» du 23 septembre 1999⁶⁹⁹, institue les règles principales régissant l'opération de fusion et de scission effectuée particulièrement par les entreprises à participation étrangère (EPE)⁷⁰⁰.

Dans les conditions substantielles, l'article 5 du Règlement précité prévoit que les sociétés qui souhaitent réaliser une fusion ou une scission doivent se conformer aux exigences du «Règlement provisoire relatif à l'orientation des investissements étrangers» et du «Catalogue des investissements étrangers». Les fusions ou les scissions ne peuvent permettre aux investisseurs étrangers de franchir les limites de proportion des parts dans les secteurs restreints aux investisseurs étrangers. L'article 9 posant une condition préalable indique qu'avant de réaliser une fusion ou une scission, les sociétés concernées doivent avoir libéré leurs apports au capital social et commencé leurs activités approuvées. Selon l'article 14, la participation étrangère au capital après la fusion doit être supérieur à 25%.

2. Modification du capital social des entreprises à participation étrangère et des sociétés par actions à participation étrangère

⁶⁹⁶ Emmanuel MERIL, *Chine, juridique-fiscal-social*, in Dossiers internationaux, éditions Francis LEFEBVRE, 2007. p.166.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ L'article 173 prévoit deux formes des fusions : fusion-absorption et fusion par création d'une nouvelle entité. Cf. A cet égard, l'article 3 du Règlement précité est identique à l'article 173 de la Loi sur les Sociétés de 2006.

⁶⁹⁹ Le Règlement a été révisé le 22 novembre 2001 par le MOC et l'AIC. Ordonnance n°395 du MOC [1999].

⁷⁰⁰ En Chine, les formes d'entreprises à participation étrangère comprennent entreprise à capitaux mixtes sino-étranger, entreprise de coopération contractuelle ou bien joint-venture contractuel, entreprise à capitaux exclusivement étrangers et la société par action à participation étrangère, etc.

552. Dès l'obtention de la licence d'exploitation auprès de l'AIC après l'approbation de la création d'une entreprise à participation étrangère, ces entreprises n'ont aucune possibilité de modifier leur parts aux apports dans le capital social sans que l'autorité d'approbation donne son accord, car l'intention de changer des parts aux apports dans le capital social est souvent liée à celle de fusion. Pour cette raison, le «Règlement relatif au transfert de parts au sein des entreprises à participation étrangère» était promulgué le 28 mai 1997⁷⁰¹.

Le Règlement s'applique à tout changement relatif à la personne de l'investisseur ou dans sa participation au sein d'une EPE ou entreprise par action à participation étrangère. Son article 2 énumère de manière non exhaustive les hypothèses du changement dans le capital des entreprises dont certaines concernent la possibilité de fusion ou d'acquisition :

- transfert de droits sociaux entre les associés (investisseurs chinois et étrangers) au sein de la même entreprise ;
- transfert de droits sociaux à un tiers ou à une entreprise affiliée, avec le consentement de tous les associés de la même entreprise ;
- nantissement des droits sociaux aux créanciers de l'entreprise avec l'agrément de tous les autres associés, ainsi, ces créanciers nantis ont pris indirectement participation à l'entreprise concernée ;
- transfert de droits sociaux dans le cas de fusion ou de scission.

Il existe des conditions communes pour toutes sortes de changements du capital social au sein de l'entreprise à participation étrangère. Conformément à l'article 3, tout transfert du capital social est d'abord soumis à l'examen et à l'approbation préalable des autorités. Ensuite, les opérations de changement de capital social ne peuvent être faites en contrevenant à – ou aux fins de contourner- la loi, les règlements et les politiques sectorielles régissant les investissements étrangers. Dans une activité subordonnée à des restrictions selon le « Catalogue des investissements étrangers », il est interdit qu'une entreprise à capital mixte ou joint-venture devienne une entreprise à capital exclusivement étranger à travers le transfert du capital social (art.4). Enfin, l'article 5 interdit à un investisseur étranger de réduire sa participation au-dessous de 25% à travers l'opération de transfert du capital social, sauf le transfert total des parts de l'investisseur étranger à l'investisseur chinois.

⁷⁰¹ Ordonnance n°267 (1997) du Moftec.

Dans certains secteurs où l'Etat détient la majorité du capital social, le transfert du capital social ne doit pas changer la proportion des parts détenues par l'Etat au sein de l'entreprise (art.4). Dès lors que des actifs de l'Etat sont en jeu, un organisme d'évaluation chinois⁷⁰² devra établir une première évaluation de la valeur de la participation de l'Etat, conformément aux règles des «Procédés d'administration de l'évaluation des actifs de l'Etat» publiés le 16 novembre 1991 par le CAE. La valeur ainsi déterminée servira de base pour calculer le prix du transfert (art.8).

3. Réinvestissement par des entreprises à participation étrangère

553. Publié le 25 juillet 2000 conjointement par le Moftec et l'AIC, le «Règlement provisoire sur les investissements dans le territoire chinois des entreprises à participation étrangère»⁷⁰³, donne l'autorisation aux EPE de réinvestir dans des sociétés en Chine, soit par la création d'une nouvelle société, soit par l'acquisition d'une participation au sein de sociétés cibles, y compris dans des sociétés d'Etat. L'investissement par des EPE dans les sociétés d'Etat est régi spécifiquement par le «Règlement provisoire relatif à la restructuration des entreprises d'Etat par l'intervention des fonds étrangers » entré en vigueur le 1^{er} janvier 2003⁷⁰⁴.

Selon l'article 2.3 du règlement du 2000, une EPE est autorisée de réinvestir en Chine avec des investisseurs étrangers. Dans une telle opération de réinvestissement effectué conjointement par une EPE et un investisseur étranger, la participation de l'investisseur étranger au capital social de la nouvelle entité ou de l'entreprise cible doit être supérieur à 25%. Si les sociétés holding créées par les EPE souhaitent réinvestir en Chine, c'est le «Règlement relatif à la création des sociétés holding par des investisseurs étrangers» du MOC du 3 novembre 2004 qui régit.

Dans les secteurs « encouragés » et « permis » aux termes du « Catalogue d'orientation des investissements étrangers », un simple enregistrement de l'investissement auprès des autorités locales d'enregistrement suffira pour l'obtention de la licence d'investissement étranger, sans que l'EPE obtienne au préalable l'approbation du MOC (art.8).

⁷⁰² Le comité en charge de l'administration des actifs de l'Etat.

⁷⁰³ L'ordonnance n°6 (2000) du Moftec et l'AIC.

⁷⁰⁴ Le Règlement est rédigé et publié conjointement par la Commission d'Etat de l'Economie et du Commerce (CEEC), le Ministère des Finances (MF), l'AIC et l'Administration d'Etat de Devises étrangères (ADE) le 8 novembre 2002. L'ordonnance n°42 (2002) de la CEEC, de l'ADE, et du MF.

Dans les secteurs restreints, l'EPE qui souhaite réinvestir en Chine doit demander préalablement l'autorisation auprès des autorités compétentes locales (en général, c'est le MOC au niveau provincial). Le MOC local doit consulter l'administration sectorielle de même niveau pour avoir son avis sur le projet d'investissement étranger.

S'agissant de la prise de participation des entreprises d'Etat par les investisseurs étrangers, le «Règlement provisoire relatif à la restructuration des entreprises d'Etat par l'intervention des fonds étrangers» de 2003 contient des règles sur la qualification des investisseurs étrangers, les conditions de la prise de participation par des investisseurs étrangers, ainsi que les procédures de l'intervention dans la restructuration des entreprises étatiques par des fonds étrangers.

Le Règlement de 2003 ne s'applique qu'aux opérations de restructuration des entreprises d'Etat et des sociétés ayant des parts étatiques (non compris les sociétés financières et les sociétés cotées en Bourse) ou de la transformation d'entreprise d'Etat en EPE sous forme de société (SARL ou SA) (art. 2).

En ce qui concerne la qualification des investisseurs étrangers, l'investisseur étranger qui souhaite une participation à l'entreprise d'Etat est soumis aux conditions suivantes (art.5): avoir des expériences et des capacités d'exploitation et le niveau de technologie dont l'entreprise d'Etat à restructurer a besoin ; avoir un prestige commercial et des capacités de gestion moderne ; être dans un bon état financier avec la capacité financière visant l'opération d'acquisition et avoir un projet de restructuration sur le développement constant et l'amélioration structurelle de l'entreprise d'Etat à restructurer, dans lequel des mesures de R&D de nouveaux produits, d'innovation technique, des projets d'investissement et de gestion renforcée doivent être compris.

L'investissement étranger à la restructuration des entreprises d'Etat devra, en tout état de cause, être conforme aux directives contenues dans le «Catalogue d'orientation des investissements étrangers.»D'ailleurs, la restructuration des entreprises d'Etat par l'intervention des fonds étrangers ne doit par conduire aux monopoles sur les marchés concernés afin qu'une concurrence équitable et efficace soit maintenue.

B. Fusion et acquisition par les investisseurs étrangers

1. Caractéristiques principales de l'acquisition des entreprises chinoises par des investisseurs étrangers

554. Une conjoncture économique spéciale engendre un système spécial correspondant. Dans le domaine de l'acquisition d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers, la spécificité se présente sous plusieurs aspects:

Premièrement, l'opération de l'acquisition effectuée par des investisseurs étrangers s'oriente vers les secteurs de l'énergie, de l'industrie de matières premières de base, de consommation, des technologies de pointe et vers le secteur des services.

À titre d'exemple, dans le secteur du transport aérien, malgré la politique de regroupement des entreprises étatiques qui pousse à la création de trois grandes compagnies chinoises⁷⁰⁵, ses 900 moyens et gros porteurs sont encore totalement étrangers : deux tiers Boeing, un tiers Airbus. De plus, l'investissement étranger dans ce domaine se multiplie encore, cela peut se voir à travers la première chaîne d'assemblage hors d'Europe d'Airbus à Tianjin en 2009. Dans le domaine de l'énergie, l'investissement du *Groupe AREVA* français en Chine en décembre 2009 atteignant 1.5 milliards d'euros est aussi remarquable que l'acquisition pour 0.4 milliard de dollars de 45% des parts étatiques du *Shenzhen Water Group*, opérée par la société française, *Veolia Environnement*.⁷⁰⁶ «*Les projets de fermes éoliennes se multiplient et tous les grands fabricants de matériel, du Danois Vestas Wind Systems à l'Espagnol Games Eolica, en passant par l'Allemand REpower Systems, se sont retrouvés sur le marché chinois brutalement devenu leur éldorado.* »⁷⁰⁷

Deuxièmement, des sociétés chinoises cotées en Bourse, en particulier celles qui ont des actions éparses, détenues par de nombreux actionnaires mineurs font l'objet d'acquisition effectuée par des investisseurs étrangers. Le tableau des acquisitions les plus importantes effectuées par des investisseurs étrangers en 2006 en est bien l'illustration:

Date	Investisseur étranger	Société chinoise cotée cible	Le prix d'acquisition	Proportion de participation	Secteur
1/2006	Inbev Group (Belgique)	Fujian Sedrin	5.8 milliards Yuans RMB	100%	Bière
2/2006	Arcelor Mittal Group	Laiwu steel Corporation	2.08milliards	38.41%	sidérurgie

⁷⁰⁵ Air China, China Eastern Airlines et China Southern Airlines.

⁷⁰⁶ Consulter le site du Groupe VeoliaWater : [www. Veoliawater.com](http://www.Veoliawater.com) ;ou www.veoliawater.cn.

⁷⁰⁷ *ChinePlus-Economie Culture Voyages*. Trimestriel, 2006 n° 1. p. 8.

		de LaiGang Group	Yuans RMB		
3/2006	Goldman Sachs Group (américain)	Shineway Group	2.01 milliards Yuans RMB	100%	Denrée alimentaire
5/2006	CVC Asia Pacific (Hongkong)	Shandong Chenming Paper Holdings Ltd.	5.00 milliards Yuans RMB	42%	Papeterie
8/2006	SEB Internationale SAS (français)	SUPOR Group	2.4 milliards Yuans RMB	61%	Ustensiles de cuisine

Troisièmement, les sociétés leaders des secteurs font l'objet de l'acquisition par des investisseurs étrangers. En conséquence, ce type d'acquisition qui a trouvé un surnom en Chine – l'acquisition de décapitation (‘斩首式并购’, ‘zhanshou shi bingou’) accélère le mouvement d'acquisition des entreprises d'Etat de grande envergure par des investisseurs étrangers tout en suscitant beaucoup de critiques et de crainte, la crainte de voir la disparition des industries nationales et la position monopolistique des investisseurs étrangers sur le marché chinois. Par exemple, l'acquisition du *SUPOR Group*, qui était le numéro UN dans l'industrie manufacturière des ustensiles de cuisine en Chine, par la société française -*SEB Internationale SAS* en 2006⁷⁰⁸ et celle de *XCMG (Xuzhou Construction Machinery Group)* par *the Carlyle Group (américain)* en 2005. Cette dernière a été finalement refusée par le MOC en 2008 après plusieurs audiences qu'il a tenues depuis 2006, sous la pression des juristes, des économistes et des entrepreneurs. C'est alors que l'Ordonnance n°10 a vu le jour.

2. Règlement concernant la fusion et l'acquisition des entreprises chinoises par des investisseurs étrangers – l'Ordonnance n°10

555. Une nouvelle ère dans le domaine de la fusion et de l'acquisition débute le 8 août 2006, date à laquelle les six administrations ministérielles⁷⁰⁹ publient conjointement, (par le nombre des rédacteurs on voit plus ou moins l'importance du règlement), le « Règlement relatif à l'acquisition d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers ». Ce nouveau règlement, mieux accepté sous le nom de l'Ordonnance n°10 dans le milieu des juristes chinois, composé de 61 articles, et qui

⁷⁰⁸ Le 11 avril 2007, l'acquisition de SUPOR par SEB est autorisée par le MOC par le biais de sa réponse relative à « l'Autorisation de l'introduction des investisseurs étrangers stratégiques dans la Société SUPOR SAS ».

⁷⁰⁹ Les six administrations ministérielles sont les suivantes : le Ministère du Commerce (MOC), la Commission en charge de l'administration des actifs d'Etat (CAAE), l'Administration fiscale d'Etat (AFE), l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce (AIC), le Ministère des Finances (MF) et l'Administration d'Etat des devises étrangères (ADE).

est entré en vigueur le 8 septembre 2006, annule le précédent de 2003⁷¹⁰. Il est permis d'envisager une étude succincte sur ses règles substantielles et ses effets particuliers.

556. Méthodes d'acquisition : L'article 2 de l'Ordonnance n°10 distingue les deux hypothèses de prise de contrôle d'une entreprise à capitaux exclusivement chinois par des investisseurs étrangers⁷¹¹, qui suivent :

- **Acquisition de participation**

L'acquisition de participation peut se faire soit en achetant la participation détenue par les actionnaires d'une entreprise domestique, dans ce cas, l'investisseur étranger conclut un contrat de cession et acquiert ainsi une partie du capital de la société chinoise qui doit alors être transformée en EPE, soit en souscrivant à l'augmentation du capital social d'une entreprise domestique et en entrant dans le capital de l'entreprise domestique qui doit alors être transformée en EPE.

- **Acquisition d'actifs**

L'acquisition d'actifs peut se réaliser soit en constituant une entreprise à participation étrangère qui signera en son nom un contrat d'acquisition d'actifs d'une entreprise domestique (ces actifs étant par la suite utilisés par la EPE nouvelle-née), soit en signant un contrat d'acquisition d'actifs d'une entreprise domestique, puis en constituant une nouvelle EPE à laquelle seront apportés les actifs acquis.

Dans tous les cas, l'entreprise domestique cible de cette acquisition ne peut être qu'une entreprise à capitaux exclusivement chinois, tandis que les investisseurs étrangers ne doivent pas être entreprise à participation existant déjà dans le territoire chinois.

557. Tant en pratique qu'en doctrine, ces deux méthodes d'acquisition se différencient l'une de l'autre selon plusieurs aspects.

En premier lieu, les objets de la transaction sont différents. L'objet de l'acquisition de participation vise les droits d'une participation de contrôle et le pouvoir réel d'exercer les droits que confère cette participation, ou le pouvoir de

⁷¹⁰ « Règlement provisoire concernant l'acquisition d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers » composé de 26 articles, entré en vigueur le 12 avril 2003.

⁷¹¹ L'article 2 de la réglementation décrit ainsi: « *L'acquisition d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers sur laquelle statue le règlement désigne le rachat de participation détenue par les actionnaires d'une entreprise qui n'est pas à participation étrangère ('entreprise domestique' ci-après) ou la souscription à l'augmentation du capital social d'une entreprise domestique en la transformant en entreprise à participation étrangère ('l'acquisition de participation', ci-après), ou, le rachat d'actifs d'une entreprise domestique par contrat conclu entre celle-ci et l'entreprise à participation étrangère créée pour ce but à l'avance, ou le rachat d'actifs d'une entreprise domestique par contrat, en premier lieu, puis la constitution d'une nouvelle entreprise à participation étrangère à laquelle seront apportés les actifs cédés de l'entreprise domestique ('acquisition d'actifs', ci-après). »*

contrôler l'entreprise cible par l'intermédiaire de détention des parts, des actions émises à la cote de celle-ci, tandis que l'acquisition d'actifs porte sur des actifs de l'entreprise cible ou sur certains éléments de ces actifs. Les actifs concernés qui peuvent être des machines, le terrain, l'édifice de l'usine, des marques ou des licences, le prestige commercial, « *doivent constituer une activité à laquelle on puisse rapporter un chiffre d'affaires déterminé.* »⁷¹²

En deuxième lieu, les parties de l'acquisition par les deux méthodes sont différentes. Dans l'acquisition par le contrat de cession de participation, les actionnaires chinois de l'entreprise cible constitue une partie importante, tandis que dans l'acquisition de souscription à l'augmentation du capital et à l'acquisition d'actifs, les parties sont les investisseurs étrangers et l'entreprise domestique cible.

En troisième lieu, les statuts juridiques d'entreprises domestiques cibles de post-acquisition sont différents. Après l'opération d'acquisition de participation, l'entreprise cible se transforme en entreprise à participation étrangère, pourtant, lorsque l'acquisition d'actifs s'est réalisée, celle-ci ne sera pas forcément changée de statut. Par contre, une nouvelle EPE sera créée sur les actifs acquis.

En quatrième lieu, les responsabilités sont différentes selon les différents types d'acquisition. En tant qu'actionnaires de l'entreprise cible de post-acquisition dans l'acquisition de participation, c'est-à-dire de l'entreprise à participation étrangère nouvelle-née, les investisseurs étrangers doivent assumer la responsabilité sur la totalité des créances et des dettes de l'ancienne société domestique cible. Cependant, les parties peuvent en décider autrement à la condition que leur accord ne porte pas atteinte aux intérêts légaux des tiers (art.13). Par contre, après la réalisation de l'acquisition d'actifs, les actifs qu'ont achetés les investisseurs étrangers sont nets, propres et sains, dérobés des passifs et des dettes de l'entreprise cible, elle seule étant la responsable de ses dettes. Ainsi, la responsabilité de la nouvelle EPE ne pourra en principe être recherchée pour des opérations antérieures effectuées par l'entreprise domestique cible (art.13).

En cinquième lieu, les coûts des risques dans la procédure d'approbation sont différents. Puisque l'acquisition de participation entraîne un changement de statut

⁷¹² JO C 66 du 02/03/1998. Communication de la Commission européenne concernant la notion de concentration.

juridique de l'entreprise cible, sans aucun doute la procédure de la demande d'approbation sera-t-elle plus compliquée que celle dans l'acquisition d'actifs.⁷¹³

Si l'article 2 prend le critère de classification selon les objets différents de l'acquisition pour distinguer ces deux méthodes susmentionnées, les articles 16, 17 et 28 de l'Ordonnance n°10 font une autre distinction de l'acquisition selon les moyens de paiement. Conformément aux termes de ces trois dispositions, le paiement du prix d'acquisition peut être effectué sous forme de numéraire en devises, numéraire en RMB sous réserve de l'approbation de l'ADE, d'actions détenues par l'investisseur étranger et d'autres façons comme le paiement en nature ou en droits de propriété intellectuelle.

Dans l'acquisition de participation, le paiement sous forme d'actions est en effet une sorte d'échange des actions. Considérant la complexité de l'échange des actions, le législateur chinois a rédigé spécialement le chapitre IV dans la réglementation précitée pour fixer les conditions strictes de l'acquisition par le paiement sous forme d'actions.

558. Dans l'acquisition par paiement en échange d'actions, outre les investisseurs étrangers qui peuvent être, soit actionnaires de sociétés de droit étranger hors de la Chine, soit une société cotée en Bourse étrangère, les « société offshore à objectif spécial » ('SOOS', '特殊目的公司, 红筹上市', '*teshu mudi gongsi*') peuvent aussi effectuer une opération d'acquisition d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers. Selon l'article 39, une SOOS est, en fait, une société de droit étranger contrôlée directement ou indirectement par les entreprises de droit chinois en Chine ou par les personnes physiques chinoises pour réaliser l'inscription à la cote en Bourse étrangère de l'entreprise domestique qu'elles ont détenues. Le processus d'approbation applicable aux SOOS est beaucoup plus complexe et exigeant que celui applicable aux investisseurs étrangers au sens propre. Car les SOOS sont, souvent, des sociétés de portefeuille créées à l'étranger par les entreprises chinoises ou les personnes physiques chinoises à partir de leur richesse générée dans le territoire chinois. En fait, ce sont les fonds chinois qui acquièrent les entreprises domestiques.

559. Traitements post-fusion et acquisition : Après l'opération d'une fusion et d'une acquisition d'entreprises domestiques par des investisseurs étrangers, se présenteront deux différentes situations de pourcentage de participation de ces

⁷¹³ HAN Feng, *Fusion & Acquisition des entreprises après l'accession de la Chine à l'OMC*, édition de la

derniers dans le capital de l'EPE née à la suite de l'acquisition, à savoir le pourcentage supérieur ou inférieur à 25%. Ainsi, les traitements visant à ces situations différentes varient conformément à l'article 9 de la réglementation.

Dans le cas où le pourcentage de participation de l'investisseur étranger dans le capital de l'EPE nouvellement constituée à la suite d'une acquisition, est supérieur à 25%, cette EPE bénéficiera des avantages fiscaux applicables aux EPE. Lorsque ce pourcentage est inférieur à 25%, l'EPE, nouvelle-née, ne bénéficiera pas d'avantages fiscaux et il lui sera remis un certificat d'approbation portant la mention « participation étrangère inférieure à 25% ».

De surcroît, deux autres cas existent à l'égard de la fusion et de l'acquisition effectuées par une SOOS.

560. Dans le cas où une SOOS rachète une entreprise domestique ayant des liens avec elle, la soi-disant entreprise à participation étrangère nouvellement constituée à la suite de cette acquisition, ne bénéficiera d'aucun avantage applicable à une véritable EPE, à l'exception du cas où la SOOS souscrit à l'augmentation du capital de l'entreprise domestique cible pour un montant supérieur à 25% du capital de cette dernière, du cas où la SOOS augmente ses apports à la nouvelle entreprise créée à la suite de cette acquisition pour un montant supérieur à 25% du capital de celle-ci, ou du cas où les apports issus des autres investisseurs étrangers exceptés la SOOS au capital de la nouvelle entreprise sont supérieurs à 25% du capital de celle-ci.

En définitive, conformément aux dispositions de l'Ordonnance n°10, la société cible dans l'acquisition de participation ne se borne qu'aux entreprises de structure sociale, à savoir la société à responsabilité limitée et la société par actions au sens de la Loi sur les sociétés de 2005. L'entreprise de propriété collective, l'entreprise unipersonnelle, l'entreprise en partenariat par actions, l'entreprise privée en partenariat, et d'autres entités non-sociales ne peuvent faire l'objet d'une acquisition de participation qu'après leur remaniement en société, SARL ou SA. Les deux modalités de l'acquisition de participation, à savoir, l'acquisition par le contrat de cession de participation et la souscription à une augmentation des actions ou du capital, restent à être éclaircies dans la pratique.

561. Le pouvoir de contrôle a été désormais concentré dans la main du MOC. La compétence du MOC s'est étendue du domaine général de l'acquisition des sociétés

Société chinoise, 2002, p.38.

chinoises par des investisseurs étrangers aux domaines spécifiques de l'acquisition qui désignent principalement l'acquisition des sociétés domestiques par la société « offshore » d'objectif spécial et l'acquisition de trois sortes d'entreprises chinoises, à savoir celle d'un secteur important qui a une influence sur la sécurité économique de l'Etat, celle qui est titulaire d'une marque prestigieuse et celle de l'industrie traditionnelle avec une marque traditionnelle et prestigieuse chinoise, par des investisseurs étrangers. Cela n'est pas pour dire que ces domaines spécifiques sont inaccessibles à l'investisseur étranger, seulement l'acquisition dans ces domaines doit se soumettre à un contrôle de plus haut niveau et très strict.

En ce qui concerne le contrôle d'anti-monopole, le chapitre 5 de l'Ordonnance n°10, intitulé 'Contrôle d'anti-monopole', a été supprimé par la Circulaire du 23 juillet 2009 du MOC, qui l'a remplacé par un nouveau article 51 instituant que *« Conformément à la Loi antimonopole de 2007, l'investisseur étranger qui procède à l'acquisition d'une entreprise chinoise, lorsque cette acquisition atteint les seuils prescrits par le Règlement relatif aux seuils de la notification de la concentration du CAE, doit notifier son projet au MOC avant la réalisation de la concentration, la manque de la notification préalable conduit à l'interdiction de la transaction. »*

Chapitre 2 Le contrôle des concentrations des opérateurs économiques

562. Pour l'Etat Chinois, il y a deux impulsions au rétablissement de la politique du contrôle des concentrations, après une stratégie pour promouvoir les concentrations tous azimuts. La première est « *la reconnaissance rapide de la nécessité de la régulation des pratiques anticoncurrentielles au cours de la réforme du régime du marché.* »⁷¹⁴ Dans le système de l'économie planifiée, la concurrence entre les entreprises d'Etats ou les unités économiques collectives avait été jugée non rentable et superflue, or, avec la montée sur la scène économique des entreprises privées et des entreprises à participation étrangère, l'approche pour réduire la concurrence entre entreprises étatiques dans l'ancien régime économique s'est trouvée en conflit avec l'économie de marché moderne.

La deuxième émerge pendant la période de préparation de l'accession de la Chine à l'OMC, de la crainte des entreprises nationales de ne pas être en mesure de rivaliser avec les multinationales étrangères. Cette impulsion devient plus urgente lorsque les investisseurs étrangers pénètrent indirectement et profondément dans des secteurs encouragés et restreints⁷¹⁵, la position de monopole des investisseurs étrangers a été établie par le biais de l'opération de fusion et d'acquisition et qu'en particulier, est considérable la fuite des actifs d'Etat dans les entreprises étatiques fusionnées par des investisseurs étrangers. En l'occurrence, l'Etat chinois « *tient visiblement à se dégager de cette trop grande dépendance.* »⁷¹⁶

563. Ainsi, la promulgation de la Loi antimonopole de 2007 a répondu opportunément à ce besoin stratégique du Gouvernement central de la Chine. Dans ce chapitre, la **Section 1** est centrée sur les conditions essentielles du contrôle des concentrations, tandis que la **Section 2** est une étude sur la procédure de ce contrôle.

⁷¹⁴ SEUNG CHONG, *The Law and Practice of Mergers and Acquisitions in the People's Republic of China*, Oxford University Press, 2007. p.97. (*The first was an early realization that, as part of China's market reforms, there was a need to regulate anti-competitive practices.*)

⁷¹⁵ Comme la télécommunication, les produits cosmétiques et journaliers, le secteur pharmaceutique, etc.

⁷¹⁶ Béatrice Miret & Thibaut Voïta, *Investissements étrangers : Normalisations...ou freins ?*, in *ChinePlus-Economie Culture Voyages*. Trimestriel, 2006 n°1. p. 24.

Section 1 Les conditions de contrôle des concentrations

564. Au lieu d'entrer directement dans l'étude des conditions de contrôle des concentrations, nous pensons qu'il est judicieux d'encadrer le fondement juridique de la politique du contrôle des concentrations entre investisseurs et d'évoquer l'exploit de l'autorité compétente de la concentration de la Chine.

La politique de contrôle des concentrations est fondée sur la Loi antimonopole du 31 août 2007 et des réglementations ressorties de l'application de la loi précitée, publiées par la Commission antimonopole du Conseil des Affaires d'Etat et par l'autorité compétente du contrôle des concentration - la Direction antimonopole (DAM) du Ministère du Commerce (MOC).

Les règlements publiés par la Commission antimonopole sont ceux qui suivent :

- le Règlement relatif aux critères de la notification des concentrations des investisseurs du 3 août 2008 ;
- la Directive relative au contrôle des concentrations des investisseurs du 05 janvier 2009 et
- la Directive relative à la délimitation du marché pertinent du 24 mai 2009.

Les règlements ministériels publiés par la Direction antimonopole sont

- les Règles de réunion entre les investisseurs de concentration et la Direction antimonopole avant la notification de la concentration, qui sont devenues l'article 8 des Lignes directrices sur la notification de la concentration du 21 novembre 2009 ;
- la Directive relative à l'appréciation antimonopole sur la concentration des investisseurs du 1^{er} janvier 2009 ;
- les Avis directifs de la DAM sur la notification de la concentration des investisseurs du 5 janvier 2009 ;
- les Avis directifs de la DAM sur les dossiers de la notification de la concentration des investisseurs du 5 janvier 2009 ;
- Lignes directrices de la DAM du 21 novembre 2009 sur la notification de la concentration des investisseurs au regard du règlement de la Commission antimonopole relative aux critères de la notification des concentrations entre investisseurs du 3 août 2008 ;
- Lignes directrices de la DAM du 24 novembre 2009 sur l'appréciation de la notification de la concentration des investisseurs au regard de la Directive de la Commission antimonopole relative au contrôle des concentrations entre investisseurs

du 05 janvier 2009.

D'ailleurs, il existe un règlement publié conjointement par le MOC, la Banque du peuple chinois, la Commission de supervision des banques, la Commission de supervision et d'administration des titres ; c'est "Lignes directrices pour le calcul du chiffre d'affaires dans la concentration entre investisseurs dans le secteur financier".

Conformément à l'article 10 de la Loi antimonopole de 2007 et à l'article 11 du Règlement du CAE du 23 août 2008 relatif à l'Arrangement de la compétence, de l'organisation et de l'effectif du MOC, la DAM a été créée comme responsable du contrôle des concentrations. Elle a compétence pour recevoir et instruire les notifications. Elle peut même prendre l'initiative d'enquêter, si des éléments de fait ou de preuve dont elle dispose montrent qu'une concentration a ou peut avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence, que les seuils déclenchant l'obligation de notifier soient ou non atteints.

565. À la fin du mois d'octobre 2009, le nombre de concentrations notifiées à la DAM est de 93. La DAM a adopté 69 décisions finales au total, dont 63 opérations autorisées sans condition, et 5 assorties de conditions. Une seule opération - une concentration horizontale comportant un projet de rachat de *Huiyuan Juice Groupe* par le *Groupe Coca-Cola*- a été interdite.⁷¹⁷ Il est évident que l'application de la Loi antimonopole par la DAM en matière de contrôle des concentrations s'est mise sur les rails.

566. En ce qui concerne les conditions de contrôle des concentrations, il s'agit du champ d'application du droit du contrôle des concentrations entre entreprises au regard de la Loi antimonopole de 2007, qui contient d'abord la définition d'une concentration contrôlable dont les critères sont souvent quantitatifs et définis par des seuils de chiffre d'affaires (§1) et ensuite l'application territoriale et extraterritoriale qui exige nécessairement la délimitation du marché pertinent et l'adoption des principes de l'application extraterritoriale du contrôle des concentrations (§2).

§1. Définition d'une concentration contrôlable

567. S'agissant de la définition d'une concentration contrôlable, il convient d'envisager la notion de concentration contrôlable et les formes de concentrations contrôlables en premier lieu (I), et en deuxième lieu, les critères pour définir cette notion (II).

I. Notion de concentration et les formes de concentrations contrôlables

A. Notion de la concentration

1. Concentrations encouragées par l'article 5 de la Loi antimonopole

568. Toutes les concentrations ne sont pas interdites ou soumises au contrôle de l'administration. Le fait que plusieurs vagues de concentration des entreprises au niveau mondial surgissent des pays les plus industrialisés, dotés du droit de la concurrence le plus moderne, reflète la politique encourageante des pays occidentaux en matière de concentration. A l'instar des expériences occidentales, d'une manière générale, la concentration des entreprises est encouragée par l'Etat chinois qui souhaite vigoureusement que la restructuration des entreprises d'Etat par le biais de la concentration bénéficie considérablement à la rentabilité, à la compétitivité sur le marché tant intérieur que mondial à travers une politique «à tout va» d'encouragement depuis plus de deux décennies⁷¹⁸. Cette politique a été finalement légalisée par la Loi antimonopole du 31 août 2007.

L'article 5 de la Loi antimonopole de 2007 représente l'idée directrice de l'Etat chinois vis-à-vis de la concentration des entreprises, qui lui est, en effet, favorable et encourageante. Selon les termes de la disposition, les entreprises peuvent, dans le respect d'une concurrence loyale et par une association volontaire de leurs moyens, se concentrer conformément à la loi, en élargissant l'envergure de leurs exploitations et en étendant le champ de leurs activités économiques pour que leur compétitivité sur le marché soit améliorée.

2. Concentrations contrôlables par la Loi antimonopole de 2007

569. On constate qu'il arrive souvent que des monopoles dus à la concentration des entreprises bénéficient de leur «rente de monopole» sans devenir plus compétitifs ni à l'étranger, ni sur marché intérieur, au détriment des consommateurs nationaux et du développement de l'économie dans son ensemble. Après des années de polémiques, l'Etat chinois a finalement soumis les concentrations entre entreprises qui ont ou peuvent avoir pour effet d'éliminer ou de restreindre la concurrence à l'interdiction à

⁷¹⁷ Le Rapport du MOC de 2009. <http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/zhengcejid/200912/20091206709740.html>

⁷¹⁸ *Supra.* n°517 et s.

cause de leur nature anticoncurrentielle⁷¹⁹. Tout au moins, les concentrations entre entreprises ou entre investisseurs au sens de la Loi antimonopole auquel le chapitre IV est consacré, seront-elles contrôlables.

1) Usage du terme de ‘Concentration’ - une inspiration du droit européen

570. À l’égard de l’emploi du terme de «concentration» par le législateur chinois, le terme européen de ‘concentrations des entreprises’ l’emporte sur le terme américain de ‘merger’ dont le sens et la prononciation chinoise est «合并, ‘*hebing*’». Pourtant, le terme européen de ‘concentrations des entreprises’ n’a pas été entièrement copié par le législateur chinois. Au lieu d’utiliser le terme de ‘concentration des entreprises’ dont le sens et la prononciation chinois est «企业集中, ‘*qiye jizhong*’», celui-ci a été bien inspiré de se servir du terme «concentrations des opérateurs économiques» (‘经营者集中’, ‘*jingyingzhe jizhong*’) afin d’éviter une accusation de plagiaire sans initiative.

Sans doute le choix du terme d’«opérateurs économiques» au lieu du choix du terme de «entreprises» correspond-il aussi à l’environnement complexe d’investissement sur le marché chinois et à la psychologie chinoise. D’abord, comme nous avons étudié la complexité de la politique d’investissement en Chine dans le Chapitre précédent, l’existence de l’entreprise sur le marché chinois présente des formes diverses des unités économiques de celles de structure non-sociale à sociétés, d’entités économiques nationales à entités économiques à participation étrangère. Pour diverses et complexes que soient les formes d’entreprises en Chine, dans la psychologie de la plupart des Chinois, le terme d’«entreprise» ne représente que les entreprises nationales, particulièrement les entreprises d’Etat et les entreprises privées chinoises d’envergure ; quant à l’entreprise créée par un investisseur étranger seul ou conjointement avec un investisseur chinois, «l’entreprise à participation étrangère» est un usage courant et solide tant populaire que professionnel. Ainsi, par rapport au terme d’‘entreprises’ de la psychologie chinoise, la compréhension du terme d’«opérateurs économiques» est beaucoup plus large que celle d’«entreprises» en Chine. Pourtant, dans le domaine professionnel du droit, le terme de ‘concentration des entreprises’ et celui de ‘concentration des opérateurs économiques’ sont substituables.

2) Définition de la concentration au sens de l’article 20

⁷¹⁹ L’article 3 de la Loi antimonopole de 2007.

571. Au regard de l'article 20 de la Loi antimonopole de 2007, une concentration des opérateurs économiques est réputée réalisée par les actes suivants :

- la fusion entre entreprises ;
- l'acquisition du contrôle d'une ou plusieurs autres entreprises par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs ;
- l'acquisition du contrôle d'une ou plusieurs autres entreprises ou de la capacité d'exercer une influence décisive sur une ou plusieurs autres entreprises, que ce soit par contrat ou par tout autre moyen.

Or, tant que la ligne directrice de l'application de la Loi ne voit pas le jour, la DAM sera libre de développer sa propre analyse sur cette définition. Certes, en suivant les règles communes de grands systèmes juridiques en matière du contrôle des concentrations des entreprises, il est improbable que la DAM développera ses analyses très insolites. C'est ainsi qu'il est nécessaire de faire état de deux remarques de la définition chinoise de concentration.

572. En premier lieu, par rapport au droit européen du contrôle des concentrations dont le concept fondamental de la définition de concentration est celui du contrôle, la notion chinoise de concentration met en parallèle le phénomène de fusion entre entreprises et le contrôle par acquisition de participation et d'actifs.

Aux termes du règlement n°139/2004 du Conseil européen sur les concentrations, c'est le changement durable du contrôle résultant de la fusion entre entreprises ou de l'acquisition du contrôle directe ou indirecte de l'entreprise par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrats ou tout autre moyen qui détermine la réalisation d'une concentration. Ce contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement, et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise⁷²⁰.

En droit chinois, selon les termes de l'article 20 de la Loi antimonopole, la fusion entre acteurs économiques est reconnue comme une concentration par le fait que l'entreprise absorbant subsiste dans la fusion par absorption ou qu'une nouvelle entreprise est créée à la disparition des entreprises absorbante et absorbée dans la fusion, par création de société nouvelle⁷²¹. En effet, dans la fusion que ce soit par

⁷²⁰ L'article 3.2 du Règlement n°139/2004 du Conseil européen relatif au contrôle des concentrations entre entreprises du 20 janvier 2004.

⁷²¹ L'article 173 de la Loi sur les Sociétés de 2005.

absorption ou par création de société nouvelle, il existe certainement un changement durable du contrôle, la société absorbante ou la nouvelle société exerçant un véritable contrôle sur le patrimoine de la société absorbée ou des sociétés disparues.

Alors, la notion chinoise de la concentration et la notion européenne de la concentration n'ont pas de différence substantielle, sauf que l'UE a mis beaucoup d'accent sur le terme de contrôle, cela rend la notion européenne de concentration plus complète et logique.

573. En deuxième lieu, par rapport aux «Règlements relatifs à l'acquisition des sociétés chinoises par les investisseurs étrangers» du 8 août 2006 qui n'ont instauré que deux formes de concentration effectuée par des investisseurs étrangers⁷²², la Loi antimonopole de 2007 a dépassé cette limite. Aux termes de ses dispositions, au-delà de l'acquisition de participation et l'acquisition d'actifs, la concentration pourra être aussi opérée soit par fusion entre opérateurs économiques, soit par contrat ou tout autre moyen, dans la mesure où la prise du contrôle sur une ou plusieurs autres entreprises, ou la prise de capacité d'influence déterminante sur une ou plusieurs autres entreprises est réalisée.

Dans l'opération d'une concentration par acquisition d'actifs, la prise du contrôle représente une acquisition de plus de 50% des actifs d'une autre entreprise. Ce seuil du pouvoir du contrôle a été institué dans l'article 217 alinéa 2 de la Loi sur les Sociétés de 2005.

574. Quant à la concentration par acquisition de participation, le seuil de 50% des actions n'est pas indispensable, ce qui compte est les actions ayant le droit de vote. Cependant, la loi chinoise n'est pas aussi flexible que la Loi allemande contre les pratiques anticoncurrentielles dont l'article 37.1 prévoit qu'une opération de concentration entre entreprises est réputée réalisée lorsqu'une entreprise obtient 50% ou 25% des actions d'une autre entreprise, puisque l'article 217 alinéa 2 de la Loi chinoise sur les Sociétés de 2005 dispose que "dans la société par action, on entend par 'actionnaire holdings' l'actionnaire qui détient plus de 50% des actions totales de la SA". Sous l'emprise de cette disposition, il est probable qu'échappent au contrôle de l'autorité compétente beaucoup des concentrations qui ont été réalisées en apparence par acquisition de participation de moins de 50% des actions, mais une

⁷²² L'article 2 du Règlement de 2006 (l'Ordonnance n°10) distingue deux façons de la prise de contrôle d'une entreprise à capitaux exclusivement chinois par des investisseurs étrangers, à savoir, l'acquisition de participation et l'acquisition d'actifs.

proportion décisive de droit de vote d'une ou plusieurs autres entreprises. Dans un souci de transparence, de prévisibilité pour les opérateurs économiques, le législateur chinois est invité par le milieu universitaire à établir un critère quantitatif afin de mesurer la proportion des actions ayant une influence déterminante sur l'entreprise fusionnée⁷²³.

A propos de la concentration dans laquelle la prise du contrôle ou la prise de capacité de l'influence déterminante sur une ou plusieurs autres entreprises par contrat ou tout autre moyen, il s'agit principalement de co-entreprises ou entreprises communes et de directions imbriquées. Un doute subsiste pour les opérations impliquant les entreprises communes puisque la Loi antimonopole n'aborde pas ce type d'opération. Cependant, cette absence a été comblée par le Règlement de la Commission antimonopole relative aux critères de la notification des concentrations entre investisseurs du 3 août 2008 dont l'article 3 est consacré au calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées par la concentration. Dans cet article, l'entreprise commune constitue un élément important dans le calcul du chiffre d'affaires.

575. Inspiré des expériences occidentales, en particulier, l'article 3 alinéa 4 du Règlement n°139/2004 du Conseil européen, et l'article 7 de Clayton Act des Etats-Unis, le législateur chinois a reconnu la compréhension large du terme de concentration entre entreprises. Pour la finalité de préserver la concurrence effective sur le marché, la concentration entre entreprises doit comprendre en outre les activités économiques qui ont directement ou indirectement de l'influence sur une ou plusieurs autres entreprises au point de changer la structure du marché. C'est ainsi que la création d'une entreprise commune par deux ou plusieurs acteurs économiques, qui accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome peut être considérée comme une concentration au sens de la Loi antimonopole.

D'ailleurs, l'imbrication des directions doit être aussi soumise à un contrôle efficace, à l'obligation de notification préalable. Il y a direction imbriquée quand une personne est membre du conseil d'administration de deux entreprises ou plus, ou quand les représentants légaux de deux entreprises ou plus font partie du conseil d'administration d'une même entreprise. Il peut y avoir direction imbriquée entre

⁷²³ WANG Xiaoye, *Commentaire sur les concentrations entre acteurs économiques au regard de la Loi antimonopole*, in *Revue de la Science juridique*, 2008, n° 1.

sociétés mères, entre la société mère d'une entreprise et une filiale d'une autre société mère, ou entre filiales de sociétés mères différentes.

3) Concentrations interdites par la Loi antimonopole

576. Il n'y a aucune disposition dans la Loi antimonopole de 2007 qui définit la concentration interdite par la loi. Pourtant, en lisant les trois articles de la Loi précitée, à savoir l'article 1 qui indique que le but de la Loi est d'empêcher et de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, l'article 3 qui classe toutes les concentrations 'qui ont ou peuvent avoir pour effet d'éliminer ou de restreindre la concurrence' parmi 'les pratiques anticoncurrentielles' et l'article 20 qui est en effet une définition de la concentration contrôlable, on pourrait déduire que les concentrations entre entreprises interdites par la loi sont les fusions, rachats, coentreprises ou autres formes de prise de contrôle, y compris les directions imbriquées, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène,

a) dont l'opération envisagée accroît sensiblement la capacité d'exercer une position de force sur le marché (par ex., en donnant la possibilité à une entreprise ou à un groupe d'entreprises agissant conjointement de maintenir avec profit des prix supérieurs aux niveaux de la concurrence pendant une longue période) ; et

b) dont la part de marché qui en résultera, pour tout produit ou service, donnera à une entreprise une position dominante ou entraînera une réduction sensible de la concurrence sur un marché dominé par un très petit nombre d'entreprises.

B. Typologie des concentrations

577. Une concentration entre acteurs économiques peut être verticale (entre des entreprises dont l'activité se situe à des stades différents, de l'activité de fabrication à celle de distribution), horizontale (entre opérateurs intervenant au même stade du circuit économique, par exemple, groupements d'entreprises en vue d'une distribution ou d'une production en commun,) ou hétérogène (entre des entreprises appartenant à des branches différentes d'activité). Les entreprises intéressées peuvent être littéralement chinoises, ou d'origine d'un ou de plusieurs pays étrangers.

1. Quatre formes de prise de contrôle

1) La prise de contrôle de caractère horizontal

578. La prise de contrôle de caractère horizontal est manifestement le genre d'opération qui contribue le plus directement à la concentration entre acteurs économiques et qui est le plus propre à créer une position dominante sur le marché et

par conséquent, à réduire ou à supprimer la concurrence. Tout comme la législation américaine et européenne, la législation chinoise en matière de pratiques commerciales restrictives, institue aussi un contrôle rigoureux sur la fusion d'entreprises concurrentes. De fait, l'un des objets principaux de la législation antimonopole est de maîtriser l'expansion du pouvoir de monopole, qui est souvent le résultat direct de l'association des concurrents en une seule entité.

Les prises de contrôle de caractère horizontal peuvent aussi se produire par des moyens autres que les fusions : acquisitions, coentreprises ou directions imbriquées. L'intégration horizontale, même entre petites entreprises, si individuellement une d'entre elles ne fausse pas nécessairement la concurrence sur le marché, peut néanmoins créer des conditions propres à déclencher l'apparition d'oligopoles. Dans le cas d'oligopoles, les consommateurs finaux perdront leur force de négocier le prix de produits en circulation sur le marché, en devenant ainsi la victime de produits de qualité moins bonne. C'est aussi les avis exprimés dans la décision de la DAM d'interdiction de l'acquisition du Groupe *Huiyuan Juice* par le Groupe *Coca Cola*⁷²⁴.

2) La prise de contrôle de caractère vertical

579. S'agissant des entreprises situées à des stades différents du circuit de production à distribution, la prise de contrôle de caractère vertical risque d'avoir un certain nombre d'effets négatifs. A titre d'exemple, un fournisseur qui fusionne avec un distributeur peut étendre sa mainmise sur le marché de distribution en fermant un débouché effectif ou virtuel aux produits des autres fournisseurs - ses concurrents. Par contre, en associant un fournisseur, le distributeur peut, de la même façon, limiter l'accès de ses concurrents, les autres distributeurs, aux approvisionnements.

3) La prise de contrôle de caractère hétérogène

580. La prise de contrôle de caractère hétérogène, unissant des acteurs économiques qui ne sont ni des concurrents, ni des entreprises ayant un lien vertical, est beaucoup plus difficile à maîtriser car, dans un domaine juridique où règne la notion propre de 'marché pertinent', une concentration hétérogène concerne différents marchés, et l'existence de la prise de contrôle de caractère hétérogène ne devrait pas modifier la concurrence sur les marchés concernés.

Pourtant, l'élément le plus important à prendre en considération est dès lors le surcroît de puissance financière que l'opération donnera aux parties en cause. Un

renforcement considérable de la puissance financière du nouvel ensemble pourrait élargir son champ d'action et son pouvoir vis-à-vis des concurrents effectifs ou potentiels à la fois de l'entreprise absorbée et de l'entreprise acquéreur, surtout si l'une ou l'autre, ou les deux, occupent une position dominante sur le marché. Des effets de gamme ou de portefeuille de marques peuvent également jouer et créer une restriction de concurrence, notamment dans les relations entre fournisseurs et distributeurs. Ce phénomène n'est pas rare dans le cas de la restructuration des entreprises d'Etat moyennant le regroupement de ces entreprises.

4) La prise de contrôle transfrontière

581. Les investissements étrangers ont toujours été examinés de près dans tous les pays.⁷²⁵ Que dire alors de la concentration des entreprises dont l'opération est intervenue par les sociétés transnationales tant sur le marché intérieur que sur le marché à l'étranger.

En droit chinois, du fait de l'effet important d'une concentration intervenue par des transnationales sur l'économie nationale, toute prise de contrôle par fusion, acquisition ou tout autre moyen, où intervient une société transnationale, devrait être examinée non seulement sous l'angle des effets économiques en vertu de la Loi antimonopole, mais encore sous l'angle de la sécurité nationale en application des dispositions appropriées⁷²⁶.

2. Opérateurs économiques concernés

1) Acteurs économiques sociaux et non-sociaux

582. Malgré l'absence de la définition de l'opérateur économique dans la Loi antimonopole de 2007, il est admis en Chine que les opérateurs économiques, au sens de la Loi antimonopole, désignent toutes les entreprises tant sociales que non-sociales. Parmi les entreprises non-sociales, il y a l'unité individuelle ou familiale de

⁷²⁴ La décision rendue par la Direction antimonopole au 18 mars 2009. Consultez le site du MOC : www.mofcom.gov.cn.

⁷²⁵ Par exemple, le nouveau régime d'investissements étrangers en France, issu du décret du 30 décembre 2005, a étendu la liste des secteurs sensibles pour répondre à l'appel d'un '*système de mondialisation des capitaux et de concurrence mondiale acharnée, car il n'est pas anormal de protéger des industries intervenant dans des secteurs jugés sensibles, tout comme le font d'autres pays, que ce soit l'Allemagne, l'Espagne, la Grande-Bretagne ou les Etats-Unis*'. (v. Geoffroy de VRIES, « Investissements étrangers en France : le nouveau régime issu du décret du 30 décembre 2005 », JCP/La Semaine Juridique-Edition Entreprise et Affaires, n°22, 1^{er} juin 2006. p.943-956.) Des exemples intéressants de décision prise contre des fusions opérées hors des frontières nationales, mais ayant des effets sur le territoire national, sur lesquelles l'Office fédéral allemand des cartels a eu à statuer, sont ceux des affaires *Bayer/Firestone* et *Philip Morris/Rothmans et USA*, ainsi que les autorités françaises dans l'affaires *Boeing/Jeppesen*. Cf. l'ordonnance du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie du 4 juillet 2001, après l'avis rendu par le Conseil de la concurrence le 12 juin 2001. www.concentrations.mienfi.gouv.fr.

⁷²⁶ L'article 31 de la Loi antimonopole de 2007.

l'industrie et du commerce en urbain et rural, l'entreprise privée en partenariat, l'entreprise unipersonnelle, l'entreprise en partenariat par actions et la société à capital exclusivement étatique, tandis que les entreprises sociétaires comprennent la société à responsabilité limitée, la société unipersonnelle à responsabilité limitée et la société anonyme.⁷²⁷

Théoriquement, il est probable que les entreprises non-sociales soient les parties participant à une opération de concentration contrôlable. Mais en pratique, les concentrations des entreprises non-sociales qui sont, en général, de petite envergure, de rentabilité moins considérable avec des activités assez limitées se bornant aux locaux ne sont pas à même d'atteindre les seuils instaurés par la Loi antimonopole en matière du contrôle des concentrations. Donc, la plupart d'entre elles échappent au contrôle de la DAM.

Quant aux entreprises sociétaires, elles peuvent être des sociétés de droit chinois, y compris les entreprises à participation étrangère et des sociétés de droit étranger qui s'implantent en Chine par l'intermédiaire de leurs succursales, ou de leurs bureaux de représentant. Il est à noter qu'en ce qui concerne la concentration des entreprises qui implique la participation des EPE ou des sociétés étrangères, un examen de ses effets sur la sécurité nationale est obligatoire en application des dispositions appropriées, en sus de celui qui est effectué sous l'angle d'anti-concurrence en vertu de la Loi antimonopole.

2) Entreprise commune

583. L'entreprise commune créée en Chine est souvent une EPE, y compris l'entreprise aux capitaux mixtes et l'entreprise joint-venture contractuel. Elle peut aussi être créée par deux entreprises à capital exclusivement chinois.

Cependant, la création d'une entreprise commune n'est pas forcément une opération de concentration. Il existe une distinction entre l'entreprise commune concentrative et l'entreprise commune coopérative, considérée comme une entente.

En droit français et européen, le Conseil de la concurrence ne considère pas non plus que toute constitution d'entreprise commune relève automatiquement du contrôle des concentrations. L'opération ne pourrait être qualifiée de concentration qu'à deux conditions : que l'on trouve dans la communication interprétative de la Commission de Bruxelles de 1990 et celle de 1993 : « *Pour qu'une entreprise commune puisse*

⁷²⁷ *Supra.* n° 489 et s.

être considérée comme une concentration et non comme une simple entente, il faut qu'elle remplisse une première condition positive : l'entreprise commune doit être une entreprise au sens plein du terme, c'est – à – dire qu'elle doit accomplir toutes les fonctions d'une entreprise normale ; et une deuxième condition négative : la structure commune ne doit pas, directement ou indirectement, entraîner une coordination du comportement des entreprises même si elles sont concurrentes sur le marché.»⁷²⁸

En doctrine chinoise, c'est le but de cette création d'une entreprise commune qui décide sa nature.⁷²⁹ Dans l'hypothèse que l'entreprise commune est créée pour restreindre ou diminuer la concurrence entre les sociétés mères, cette opération de la création est sans aucun doute une concentration au sens de la Loi antimonopole. Si une entreprise commune a un but de recherche et de développement, l'effet de promouvoir la concurrence sur le marché dû à R&D peut finalement justifier la création de cette entreprise.

3) Groupe d'entreprises

584. Compte tenu de l'influence importante du groupe d'entreprises sur l'économie nationale due à son envergure, il n'est pas difficile à comprendre que, dans une certaine mesure, si une opération de concentration implique un groupe d'entreprises, cette opération de concentration doit se soumettre au contrôle de la DAM. Tout comme l'expert français a dit que *«la circonstance que la concentration intervienne entre sociétés appartenant à un même groupe ne devrait pas faire échapper l'opération au contrôle, si ces dernières ont une indépendance suffisante de comportement sur le marché les unes par rapport aux autres, au moment de l'opération.»⁷³⁰*

De plus, dans la pratique, les groupes d'entreprises constituent souvent l'acteur principal dans des opérations de concentration des entreprises, car leur grande envergure, leur rentabilité considérable, leur champ d'activités élargi, leur puissance de mainmise sur le marché attirent l'attention des partenaires virtuels, tant nationaux qu'étrangers. Pour cette raison, là où il y a les opérations de concentration de grande

⁷²⁸ Communication relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice, 98/C 66/01 JOCE.C. 66, 2.3.1998, p. 1

⁷²⁹ WANG Xiaoye, *Commentaire sur les concentrations entre acteurs économiques au regard de la Loi antimonopole*, in «Revue de la Science juridique», 2008, n°1.

⁷³⁰ Anne TERCINET, *Droit européen de la concurrence : Opportunités et menaces*, Gualino éditeur, -2000, p.117.

envergure, là se trouve la silhouette des groupes d'entreprises. Il est donc naturel qu'ils attirent aussi l'attention de l'autorité compétente de contrôle.

II. Critères d'une concentration contrôlable

585. Une concentration entre entreprises qui est soumise au contrôle de la DAM doit répondre aux critères fixés par la loi. Ces critères, qu'ils soient de nature qualitative ou quantitative (**B**) sont étroitement liés avec le chiffre d'affaires des entreprises concernées, dont la notion fait l'objet d'étude impérative (**A**).

A. Chiffre d'affaires

1. Notion de chiffre d'affaires

586. *«La question méthodologique des seuils est toujours difficile, car prévoir des seuils permet tout à la fois une bonne prévisibilité de l'application des règles, mais produit aussi des rigidités dans leur mise en œuvre et incite à des comportements stratégiques des entreprises, contraires au but poursuivi par la loi. La technique des seuils est ici utilisée pour rendre supportable le caractère obligatoire de la soumission à l'autorité de la concentration par les entreprises...»⁷³¹*

« On estime que la puissance de marché, dont la considération de l'ampleur justifie le contrôle de la concentration, s'exprime à première vue par le chiffre d'affaires. Ce chiffre d'affaires n'est pertinent qu'en tant qu'il exprime une puissance de marché (c'est pourquoi les chiffres d'affaires liés à des investissements simplement financiers ne rentrent pas dans le calcul des seuils).»⁷³²

En effet, dans tous les systèmes juridiques, en matière de contrôle des concentrations en droit de la concurrence, le seul critère pris en compte pour déterminer la dimension contrôlable d'une concentration est le chiffre d'affaires qui représente le critère quantitatif de déclenchement de la procédure de contrôle des concentrations.⁷³³

587. À l'instar des expériences occidentales, la DAM a publié au 21 novembre 2009 ses Lignes directrices sur la notification de la concentration des investisseurs au regard du Règlement de la Commission antimonopole relative aux critères de la

⁷³¹ Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stephane Payet, *Droit de la concurrence*, DALLOZ, 2006, p.302.

⁷³² Anne TERCINET, *Droit européen de la concurrence : Opportunités et menaces*, op.cit.

⁷³³ Article 5 du Règlement n°139/2004 du Conseil européen précise les éléments et méthodes de calcul du chiffre d'affaires, tandis que le Hart-Scott –Rodino Antitrust Improvement Act de 1976 des Etats-Unis se fait consacrer aux règles de notification des concentrations contrôlables, dont la principale règle est le 'size-of-the-parties-test' qui indique qu'une opération de merger n'a pas besoin de soumettre au contrôle du DOJ lorsque le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par toutes les entreprises concernées est inférieur à 226.8milliards d'US dollars.

notification des concentrations entre investisseurs du 3 août 2008 en indiquant que *«le chiffre d'affaires, au sens du contrôle des concentrations, doit être les montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisés par les acteurs économiques concernés au cours de la dernière année comptable, déduction faite de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires.»*

Selon l'article 3 du Règlement de la Commission antimonopole relative aux critères de la notification des concentrations entre investisseurs du 3 août 2008, le chiffre d'affaires est réalisé soit dans le territoire chinois, soit sur le plan mondial. Or, le chiffre d'affaires réalisé dans le territoire chinois n'est que celui qui comprend les produits vendus et les services fournis à des acheteurs qui ont leur siège dans le territoire chinois.

2. Calcul du chiffre d'affaires

588. Comme un long article 5 du Règlement n°139/2004 de l'UE dû à la difficulté de calculer le chiffre d'affaires, l'article 5 des Lignes directrices de la DAM sur la notification de la concentration des investisseurs du 21 novembre 2009 n'est pas bref non plus pour préciser les éléments et méthodes de calcul :

« Le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée au sens des présentes lignes directrices résulte de la somme des chiffres d'affaires :

- 1) de l'entreprise concernée;*
- 2) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement du contrôle;*
- 3) des entreprises qui disposent du contrôle dans l'entreprise concernée;*
- 4) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point 3) dispose de droits ou pouvoirs de contrôle;*
- 5) des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées aux points 1) à 4) disposent conjointement des droits ou pouvoirs de contrôle.*

Dans le calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées, il y a lieu de ne pas tenir compte du chiffre d'affaires résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées entre les entreprises visées aux points 1) à 5).

Lorsque les entreprises concernées par la concentration ont une entreprise commune, ou les entreprises concernées et entreprises tierces ont une entreprise commune, il y a lieu de tenir compte du chiffre d'affaires résultant de la vente de

produits et de la prestation de services réalisées entre l'entreprise commune et toute entreprise tierce. Ce chiffre d'affaires ne peut être compté qu'une seule fois. »

L'article 6 des Lignes directrices complète l'article 5 en disposant que lorsque les entreprises concernées par la concentration ont des entreprises communes, dans le calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées, il y a lieu de ne pas tenir compte du chiffre d'affaires résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées entre l'entreprise commune et les entreprises mères concernées par la concentration ou chacune des entreprises concernées au sens du point 1) à 5).

Conformément à l'article 7, lorsque la concentration des opérateurs économiques consiste en l'acquisition de parties d'une ou de plusieurs entreprises,

- 1) seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la concentration est pris en considération dans le chef du cédant;
- 2) cependant, deux ou plusieurs opérations au sens du point 1) qui ont eu lieu au cours d'une période de deux ans entre les opérateurs économiques sont à considérer comme une seule concentration intervenant à la date de la dernière opération.

Combien remarquable est la ressemblance frappante du texte chinois et de celui de l'article 5 du Règlement n° 139/2004 du Conseil européen, sauf que ce dernier a des textes consacrés au calcul du chiffre d'affaires des établissements de crédit, des établissements financiers et des entreprises d'assurance.

B. Les critères d'une concentration contrôlable

1. Critères par son ampleur : le franchissement des seuils

589. Le Règlement de la Commission antimonopole relative aux critères de la notification des concentrations entre investisseurs du 3 août 2008⁷³⁴ s'applique aux seules opérations de concentration qui ont les ampleurs prescrites.

L'article 3 du Règlement précité prévoit que les acteurs économiques concernés par la concentration doivent soumettre leur notification à l'autorité compétente lorsque :

- 1) le chiffre d'affaires total mondial réalisé par l'ensemble des entreprises concernées par la concentration est supérieur à 10 milliards de *yuan RMB*(approximativement 900 millions d'euros), au cours de l'année

⁷³⁴ L'Ordonnance n°529 du Conseil des Affaires d'Etat.

comptable précédant l'opération et dans le même temps, le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées dans le territoire chinois doit être supérieur à 400 millions *Yuans RMB* (approximativement 38 millions d'euros) au cours de l'année comptable précédente;

- 2) le chiffre d'affaires total réalisé dans le territoire chinois par l'ensemble des entreprises concernées par la concentration est supérieur à 2.0 milliards de *yuans RMB* (approximativement 188 millions d'euros) au cours de l'année comptable précédant l'opération de la concentration, dont le chiffre d'affaires total réalisé dans le territoire chinois individuellement par au moins deux des entreprises concernées doit être supérieur à 40 millions de *yuans RMB* au cours de l'année comptable précédant l'opération de la concentration.

590. Cependant, des incertitudes demeurent notamment du fait que le règlement ne précise pas ce qui rend approprié l'un ou l'autre de ces deux critères qui ne diffèrent que par le montant du chiffre d'affaires mondial de l'ensemble des entreprises concernées.

D'ailleurs, la Commission antimonopole confère à la DAM et à des Administrations sectorielles la compétence de fixer conjointement les règles applicables au calcul du chiffre d'affaires des concentrations dans des secteurs spécifiques, à savoir les concentrations des établissements de crédit, les établissements financiers et les entreprises d'assurance.

2. Critères par son objet

1) Critères substantiels

591. Les articles 27 et 28 de la Loi antimonopole de 2007 ont apporté des critères substantiels au contrôle des concentrations par la DAM. En vertu des termes de l'article 27, la DAM doit prendre en considération des éléments suivants lors de l'examen de la concentration :

- « 1) *la part de marché des entreprises participant à l'opération et leur pouvoir de contrôle sur le marché pertinent ;*
- 2) *le degré de concentration du marché pertinent ;*
- 3) *l'impact sur les conditions de l'accès au marché et sur le progrès technologique ;*

- 4) *l'impact sur les consommateurs et les autres entreprises ;*
 5) *l'impact sur le développement de l'économie nationale ; et*
 6) *tout autre facteur identifié par l'autorité compétente comme affectant la concurrence. »*

Non seulement ces éléments représentent-ils des critères substantiels du contrôle des concentrations, mais aussi les multi-finalités de la politique du contrôle des concentrations dont l'axe est antimonopole, correspondant à l'article 28 qui instaure que lorsqu'une concentration entre entreprises élimine ou restreint la concurrence ou est susceptible d'avoir un tel effet, l'autorité compétente interdit la concentration.

592. Cependant, sur le plan de théorique existent la contradiction et les lacunes, sur le plan de la politique un conflit.

Premièrement, si l'on examine de près l'élément pris en considération visé au point 5) de l'article 27 et l'article 28, on trouvera sans difficulté une contradiction au niveau de la finalité de la politique du contrôle des concentrations, car le point 5) donne l'impression que, depuis le tout début du processus du contrôle des concentrations, l'autorité compétente est tenue de prendre en considération la politique de l'industrie qui est en effet l'objet d'intérêt de la compétence des Administrations sectorielles. Une interrogation se pose sans tarder : par quelle politique économique l'autorité compétente de la concentration est-elle guidée, la politique de la concurrence ou celle de l'industrie, lorsqu'elle prend sa décision d'approbation ou d'interdiction ?⁷³⁵

S'il existe des nuances ou bien des divergences entre les systèmes juridiques sur la planète en matière du contrôle de la concentration, une convergence certaine est que c'est la politique de la concurrence qui dirige l'application administrative de la loi sur le contrôle des concentrations entre entreprises.

A titre illustratif, aux Etats-Unis, l'idée principale du «Horizontal Merger Guideline» est que l'opération de «merger» ne doit pas faire naître ou renforcer la position de force sur le marché ou promouvoir l'exercice de cette force, car dans tous les cas, l'exercice de la force sur le marché conduit à la répartition inégale de la richesse, à l'allocation erronée des ressources sociales.⁷³⁶ En droit européen de la

⁷³⁵ WANG Xiaoye, *Commentaire sur les concentrations entre acteurs économiques au regard de la Loi antimonopole*, op.cit. p.5.

⁷³⁶ « The unifying theme of the Guidelines is that mergers should not be permitted to create or enhance market power or to facilitate its exercise...In any case, the result to the exercise of market power is a transfer of wealth

concurrence, les finalités du contrôle des concentrations entre entreprises sont d'autant plus précises et claires que le Règlement n°139/2004 du Conseil européen a pour but de réaliser des finalités du traité instituant la Communauté européenne, dont l'article 3, paragraphe 1, point g) assigne comme objectif à la Communauté l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur de l'Europe.⁷³⁷ Même si dans le contexte de la crise économique et financière débutant en 2008, «*des considérations d'intérêt général justifient entièrement que les considérations de politique de concurrence passent au second plan, derrière les nécessités socio-économiques portant la politique industrielle*»⁷³⁸, la Commission européenne n'hésite pas à intervenir en vertu de son pouvoir contrôle prévu par les dispositions du traité sur la concurrence, ainsi, dès le début de la crise, la politique et la défense de la concurrence ont joué un rôle essentiel dans la préservation des conditions de concurrence équitables.⁷³⁹

La position dominante sur le marché mentionnée dans ces régimes étrangers du contrôle des concentrations, désigne la capacité de l'entreprise de maintenir le prix monopoliste au-dessus du prix de marché concurrentiel pendant une longue période, afin d'évincer les concurrents existants et d'entraver l'accès au marché des concurrents potentiels. Par conséquent, le but du contrôle des concentrations doit être d'éviter la naissance, le renforcement et l'exercice de la force économique sur le marché. Le fondement essentiel de fait dans l'examen d'une concentration doit être le changement de structure du marché qui se traduit par des parts de marché.

593. Deuxièmement, l'absence de techniques concrètes définissant «l'effet de restriction et d'élimination de la concurrence sur le marché» au sens de l'article 28, doit être comblée par les directives de l'application de la Loi de l'autorité compétente, à savoir la DAM, sinon cette absence rendrait l'interdiction de la concentration inapplicable, du fait que toutes les opérations de concentration sont susceptibles d'avoir effet de restreindre ou d'éliminer la concurrence sur le marché en cause, et de porter atteinte à certaines entreprises tierces. Pourtant, pour l'heure, aucun texte règlementaire sur l'approche de l'évaluation de l'effet anticoncurrentiel

from buyers to sellers or a misallocation of resources. » §0.3 of « Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines », le 2 avril 1992.

⁷³⁷ Considérant 2 du Règlement n°139/2004 du Conseil européen relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

⁷³⁸ François SOUTY, *Politique internationale : Comité de la Concurrence de l'OCDE – Crise économique et financière*, Concurrences, n°2-2009, p.220.

⁷³⁹ Rapport de la Commission européenne sur la politique de concurrence 2009, SEC(2010) 666, points 8 et 9.

d'une opération de concentration n'a vu le jour. Heureusement, les expériences occidentales ⁷⁴⁰ ne manquent pas leur chance d'inspirer la DAM dans sa pratique du contrôle des concentrations entre acteurs économiques.

En effet, d'une manière générale, la concentration entre entreprises est un phénomène courant et encouragé par tous les pays sur cette planète, dans le contexte de la mondialisation économique. Par contre, la politique du contrôle des concentrations n'est qu'une exception de la politique encourageant la concentration, une exception visant des concentrations qui «*sont susceptibles d'entraver de manière significative une concurrence effective*»⁷⁴¹ sur le marché en cause. Alors, le terme de 'manière significative' ou 'manière grave' doit être défini par les éléments quantitatifs des parts de marché et des degrés de concentration, puisque ceux-ci donnent souvent «*une première indication utile sur la structure du marché et sur l'importance, sous l'angle de la concurrence, des parties à la concentration et de leurs concurrents*»⁷⁴². En tout état de cause, la détermination du niveau des parts de marché et des degrés de concentration est une tâche primordiale pour vérifier l'existence de l'effet de restriction et d'élimination de la concurrence de manière significative sur le marché.

594. En droit européen, une part de marché de 50 % et plus peut en elle-même constituer la preuve de l'existence d'une position dominante sur le marché. Mais, dans les cas exceptionnels, tels que la puissance relativement faible et le grand nombre des concurrents ou lorsque les produits des parties à l'opération sont des substituts proches, la part de marché inférieure à 50% pourra montrer l'existence d'une position dominante. «*C'est ainsi que la Commission européenne a conclu dans plusieurs affaires que des opérations de concentration ayant pour effet de porter la part de marché à 40-50 %*⁷⁴³, *et dans certaines affaires à des niveaux inférieurs à 40 %*⁷⁴⁴, *entraîneraient la création ou le renforcement d'une position dominante*». Il est donc

⁷⁴⁰ En ce qui concerne les niveaux des parts de marché, en droit européen, la jurisprudence joue un rôle décisif. v. l'arrêt du Tribunal de première instance de Communauté européenne de 28 avril 1999 sur l'affaire d' *Endemol/Commission*, et celui du 25 mars 1999 sur l'affaire de *Gencor/Commission*(T-221/95, Rec.p.II-1299, point 134 et T-102/96, Rec.p.II-753, point 205)

⁷⁴¹ Considérant 5 du Règlement n°139/2004.

⁷⁴² §14 de Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03).

⁷⁴³ V. l'affaire COM/M.2337- Nestlé/Ralston Purina, considérants 48,49 et 50.

⁷⁴⁴ V. la décision 1999/674/CE de la Commission dans l'affaire IV/M 1221- Rewe/Meinl, JO L 274 du 23.10.1999, p.1, considérants 98-114, ainsi que l'affaire COM/M.2337- Nestlé/Ralston Purina, considérants 44-47.

naturel que la part de marché des entreprises concernées inférieure à 25% est un indice de non-existence de la position dominante⁷⁴⁵.

595. S'agissant du degré de concentration, les autorités compétentes américaines⁷⁴⁶ appliquent l'approche de 'l'indice de Herfindahl-Hirschmann (IHH)⁷⁴⁷ en fonction des faits et circonstances propres à chaque cas. De même, "*la Commission européenne utilise souvent l'IHH*"⁷⁴⁸.

596. En droit chinois, malgré l'absence de lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard de la Loi antimonopole de 2007, comme celles des Etats-Unis et de l'Union européenne, la DAM n'a pas hésité à emprunter les approches de ces derniers dans l'affaire de *Pfizer/Wyeth*⁷⁴⁹ dans laquelle elle analyse pour la première fois les parts de marché et le degré de concentration sur le marché moyennant l'indice de Helfindahl-Hirschmann.

La DAM a examiné les effets du projet de concentration sur la concurrence au niveau des marchés des produits pharmaceutiques et de protection de santé animale, particulièrement du vaccin de la pneumonie des porcins où les deux sociétés fournissent ces produits. Il est ressorti de l'enquête de la DAM que le rachat envisagé pourrait restreindre sensiblement la concurrence sur le marché des produits de

⁷⁴⁵ §18 de Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03).

⁷⁴⁶ Le «Horizontal Merger Guidelines» distingue trois niveaux de l'IHH en indiquant l'IHH comme un indicateur utile pour démontrer l'effet de concurrence potentiel d'une concentration, non-existence du marché concentré lors de l'IHH inférieur à 1000, l'existence du marché concentré modérément lors de l'IHH entre 1000 et 1800 et l'existence du marché fortement concentré lors de l'IHH supérieur à 1800.

⁷⁴⁷ L'IHH est égal à la somme des carrés des parts de marché de chacune des entreprises présentes sur le marché pour mesurer les degrés de concentration. Par exemple, un marché sur lequel sont présentes six entreprises ayant respectivement des parts de marché de 35%, 25%, 15%, 10%, 10% et 5%, a un IHH de 2300 ($35^2+25^2+15^2+10^2+10^2+5^2 = 2300$). L'IHH est compris entre un chiffre proche de zéro (atomicité du marché) et 10000 (monopole pur).

⁷⁴⁸ §16 de Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03).

⁷⁴⁹ JO du MOC., la Décision n°77/2009 du 29 septembre 2009. Le 9 juin 2009, les deux parties ont soumis leur notification du projet de la concentration à la DAM du Ministère du Commerce. Le 15 juin, la DAM ouvre l'enquête sur le projet qui se termine au 15 juillet en première phase. La conclusion de l'examen préliminaire est ce que l'opération de la concentration aura l'effet d'éliminer ou restreindre la concurrence sur le marché chinois. À travers de l'examen approfondi qui se termine au 13 octobre 2009, la DAM autorise le projet d'acquisition du groupe Wyeth par le Groupe Pfitzner pour un montant total de 68 milliards d'US dollars, sous réserve du respect de certaines conditions, en vertu de l'article 30 de la Loi antimonopole de 2007. L'autorisation de la DAM est toutefois subordonnée à la cession de l'activité de Pfizer dans le continent principal de la République Populaire de Chine (à l'exclusion de Hongkong, Macau et Taiwan) relative à la production et commercialisation du vaccin de la pneumonie des porcins, sous les marques de *Respisure* et *Respisurene* aux acteurs économiques tiers dans un délai de 6 mois à compter du jour de la décision de la DAM. La DAM a droit d'assigner le mandataire à solder l'activité cédée qui se compose des actifs tant corporel qu'incorporel, y compris les droits de la propriété intellectuelle.

Le Groupe Pfizer est à la fois le 1^{er} groupe biopharmaceutique mondial et le 1^{er} investisseur mondial en science de la vie, tandis que le Groupe Wyeth est le 11^e groupe pharmaceutique mondial, présent sur les 5 continents et dans plus de 140 pays. Cette forte présence dans les principaux pays et sur les marchés les plus importants ou à fort potentiel de développement est de nature à permettre à Wyeth de consolider et même de renforcer encore ses positions commerciales.

protection sanitaire animale, particulièrement du vaccin de la pneumonie des porcins. Après un nouveau cercle de contacts avec la DAM, pour lever les doutes importants de la DAM en la matière, le Groupe *Pfizer* s'est engagé à céder ses activités relatives au vaccin de la pneumonie des porcins. Compte tenu des engagements du Groupe *Pfizer*, la DAM a conclu que l'opération n'aurait pas pour conséquence d'entraver la concurrence effective dans le territoire chinois.

Dans sa décision de l'autorisation sous réserve du respect de certaines conditions, la DAM entame une analyse sur l'effet de l'opération sur la concurrence en rédigeant ainsi, que

« le résultat de l'enquête montre que dans le secteur du vaccin de la pneumonie des porcins, la structure concurrentielle du marché sera changée de manière substantielle après l'opération de la concurrence des deux parties, Pfizer et Wyeth, ce qui produira l'effet de restreindre ou d'éliminer la concurrence sur le marché continental, puisque,

1) Les parts de marché après l'opération de la concentration augmentent de manière évidente. Selon les données obtenues au cours de l'enquête de la DAM, les parts de marché des deux parties de 49.4%(dont Pfizer 38%, et Wyeth 11.4%) après l'opération rendront les deux parties respectivement les numéros un et deux sur ce marché au niveau national et leur concurrent le plus proche ne détient qu'une part de marché, soit 18.35%, d'autres petits concurrents détenant totalement une très faible part de marché inférieure à 10%. L'entité post-concentration aura la capacité de profiter de l'économie d'envergure pour renforcer sa position dominante sur le marché, finalement de manipuler le prix des produits.

2) Le degré de concentration sur le marché après l'opération de l'acquisition s'élève de manière évidente. Selon les données obtenues au cours de l'enquête de la DAM, l'IHH, après l'opération sera de 2182, et le delta est de 336⁷⁵⁰. Etant donné que le marché chinois du vaccin de la pneumonie des porcins est un marché fortement concentré, l'opération de l'acquisition du Groupe Wyeth américain par le

⁷⁵⁰ Le Delta est une variation de l'IHH, un indicateur utile sur la modification du degré de concentration qui résultera directement de l'opération, selon lequel le renforcement de la concurrence du marché, telle que mesurée par l'IHH, peut être calculé indépendamment de la concentration totale du marché en multipliant par deux le produit des parts de marché des entreprises parties à l'opération. Par exemple, une concentration entre deux entreprises qui détiennent respectivement 30% et 15% du marché augmenterait l'IHH de 900 (30x15x2=900). L'explication de cette technique est la suivante : avant l'opération, la contribution des parties à l'IHH est égale à la somme des carrés de leurs parts de marché : $(a)^2+(b)^2$. A l'issue de l'opération, la

Groupe Pfizer produira l'effet de restreindre ou d'éliminer la concurrence sur ce marché.

3) *L'accès au marché pour les concurrents potentiels sera plus difficile.... »*

La DAM a donc considéré que l'opération telle qu'elle avait été initialement notifiée risquait d'affaiblir la concurrence et entravait de manière grave l'accès au marché continental aux concurrents potentiels, à cause de la barrière technique très élevée.

Il est entendu qu'un texte relatif aux lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales est en cours de rédaction par la DAM. Sans aucun doute, les approches occidentales y auront-elles une place irremplaçable.

597. Troisièmement, le conflit apparaît dans le rapport entre la politique de la concurrence et celle de l'industrie.

Il faut noter que les règles substantielles du contrôle des concentrations entre entreprises rencontrèrent le défi issu dans la pratique de l'application, car développer les Groupes d'entreprises de grande envergure qui possèdent la compétitivité sur le plan mondial est une des politiques économiques les plus importantes. A côté de l'article 5 de la Loi antimonopole de 2007, l'article 7, lui aussi, déclare que l'Etat assure la protection des activités économiques des entreprises d'Etat qui ont la position dominante, ou opérations commerciales exclusives dans les industries qui représentent les clés vitales de l'économie nationale et de la sécurité nationale. De plus, rappelons-nous que l'objectif de la CAAE de 2010 à propos de l'entreprise d'Etat est d'établir au plus 100 entreprises de grande envergure ou de groupes de sociétés⁷⁵¹ et que la stratégie générale de celle-ci est d'assurer la position dominante des entreprises d'Etat dans les industries d'importance vitale à l'économie nationale et dans les secteurs de technique de pointe. Ainsi, une puissante voix de l'opinion du milieu de ces industries de monopole naturel appelle à l'exonération de l'application de la Loi antimonopole en insistant sur les législations spécifiques régissant les activités économiques dans ces domaines.

598. Pourtant, cette opinion est contestée par le milieu universitaire qui n'hésite pas à se prévaloir des exemples occidentaux comme d'une arme puissante de combat.

D'après Mme le professeur WANG Xiaoye, tous les monopoles, qu'ils soient naturels ou non, sont des phénomènes anormaux de l'économie de marché, car à court

contribution à l'IHH est égale au carré de la somme de ces parts de marché : $(a+b)^2$, soit $(a)^2 + 2ab + (b)^2$. L'augmentation de l'IHH est donc égale $2ab$.

terme, ils conduisent à l'augmentation des prix, à la dégradation de la qualité au détriment des consommateurs, à long terme, ils produiront l'inefficacité économique des acteurs sur le marché, étoufferont l'esprit concurrentiel, ouvert et d'initiative d'une nation.⁷⁵² D'autres savants même se lamentent de manière pessimiste sur la réalité que la Loi antimonopole de 2007 est inapplicable aux secteurs de monopole naturel⁷⁵³.

En effet, en matière du contrôle des concentrations à l'égard des industries de monopole naturel, même les pays les plus industrialisés dotés du système juridique de la concurrence n'y arrivent pas du premier coup. Depuis une dizaine d'années, avec la tournure croissante de la «déréglementation», de nombreux pays ont amendé leur législation pour en étendre la portée à des secteurs qui étaient exemptés de la loi de la concentration. A l'Union européenne, par exemple, la Commission européenne depuis trente ans maintenant, applique ses règles en matière de concurrence aux entreprises publiques et aux monopoles d'Etats à caractère commercial⁷⁵⁴.

Essentiellement, la politique de la concurrence et celle de l'industrie tendent à défendre l'intérêt général contre le pouvoir de monopole. Elles constituent des instruments de gouvernement pour atteindre cet objectif, mais varient quant à leur champ d'application. Au fond, il ne devrait pas y avoir conflit, car, en face de la mondialisation, l'Etat a besoin des économies puissantes établies par sa politique de l'industrie, mais pour grandir de manière saine et efficace, les puissances économiques ont besoin d'un environnement concurrentiel préservé par la politique de la concurrence.

599. Cependant, ce n'est pas le cas dans la réalité. La politique de l'industrie se présente souvent par les réglementations économiques émanant des pouvoirs publics ou d'organismes auxquels l'Etat a délégué des pouvoirs, surtout si elle a trait à des secteurs de services d'infrastructure. Par l'intermédiaire de l'instrument de réglementations⁷⁵⁵, l'intervention du pouvoir public pèse directement sur le marché. Il est donc nécessaire que ces réglementations soient soumises, avant leur adoption, aux

⁷⁵¹ Cf. *supra*. n°494 et s.

⁷⁵² WANG Xiaoye, *Commentaire sur les concentrations entre acteurs économiques au regard de la Loi antimonopole*, *op.cit.* p.6.

⁷⁵³ ZHANG Yuzhe, *La législation de la Loi antimonopole a difficulté de déchirer les beaux draps de monopole naturel*, *Revue de Finance et d'Economie*, le 23 août 2007.

⁷⁵⁴ Considérant 22 du Règlement n° 139/2004 du Conseil européen.

⁷⁵⁵ Ces réglementations recouvrent lois, décrets, arrêtés et autres actes administratifs, directives administratives et règles dérivées émanant des autorités publiques de tous les niveaux, mais aussi règles édictées par les

autorités de la concurrence pour examen suivant une procédure transparente sous l'angle de la concurrence, pour des raisons d'intérêt général. Réciproquement, les autorités de la concurrence devraient avoir la possibilité d'évaluer les effets éventuels de la réglementation envisagée du point de vue de l'efficacité. Particulièrement, dans l'application de la politique de la restructuration des entreprises d'Etat, pour la loi de la concurrence «*il convient de s'assurer que le processus de restructuration n'entraîne pas de préjudice durable pour la concurrence.*»⁷⁵⁶

D'ailleurs, du point de vue de la structure du marché, les autorités de la concurrence devraient être consultées, lorsqu'un processus de réforme de la réglementation est engagé dans le cadre d'un programme de privatisations. Elles devraient se voir conférer par la loi le pouvoir d'imposer aux monopoles existants des mesures de démantèlement ou de limiter ou interdire les fusions qui portent atteinte aux structures concurrentielles du marché.

2) Critères d'exemption du contrôle des concentrations

600. C'est à peine si on trouve la terminologie d'«exemption» employée dans la plupart des systèmes du contrôle des concentrations entre entreprises. Néanmoins, l'exemption de certaines concentrations entre entreprises existe de manière générale dans tous les systèmes du contrôle des concentrations. Cela dit, il est intéressant de voir trois catégories d'exemption qui se sont dégagées dans la plupart des pays développés et en Chine :

La première catégorie - les parts du marché inférieur à 25%

601. Les concentrations avec les parts du marché inférieur à 25% seront autorisées par l'autorité compétente.

En droit européen, ce critère est officiellement retenu dans le Considérant 23 du Règlement n°139/2004 du Conseil européen. Aux termes de la disposition, «*les concentrations qui, en raison de la part de marché limitée des entreprises concernées, ne sont pas susceptibles d'entraver une concurrence effective peuvent être présumées compatibles avec le marché commun. Sans préjudice des articles 81 et 82 du traité, une telle indication existe notamment lorsque la part de marché des entreprises concernées ne dépasse 25% ni dans le marché commun ni dans une partie substantielle de celui-ci.*»

organismes non gouvernementaux ou des ordres et autres organismes autonomes auxquels l'Etat a délégué des pouvoirs réglementaires, etc.

⁷⁵⁶ Le considérant 5 du Règlement n°139/2004 du Conseil européen.

Le président de la FTC révèle que «*la jurisprudence américaine démontre que la zone spécifique de sécurité (the special safety zones) pour une concentration est le seuil des parts de marché inférieur à 20%, quelquefois ce seuil peut atteindre à 30%.*»⁷⁵⁷ Dans l'affaire de ' *United States v. Philadelphia National Bank*', la Cour suprême américaine rejette le projet de la concentration de deux banques dans l'Etat Philadelphie en raison de 30% de la part de marché de l'entité après la fusion.⁷⁵⁸

En Chine, aucun texte législatif n'indique la zone spéciale de sécurité pour une concentration. Pourtant, dans les 69 projets notifiés qui ont déjà reçu la décision finales de la DAM, la part de marché des entreprises participant à la concentration et leur pouvoir de contrôle sur le marché pertinent constitue le premier élément pris en compte lors de l'examen des concentrations conformément à l'article 27 de la Loi antimonopole de 2007. Malheureusement toutes les décisions prises par la DAM sont très sommaires et succinctes, aucune analyse fouillée avec raisonnement syllogistique n'est donnée à la part de marché. Il est certain que la DAM a adopté quelques méthodes pour aboutir à sa conclusion dans la décision. Mais, la non-transparence de ses méthodes augmente l'insécurité et l'imprévisibilité de l'opération des concentrations.

La deuxième catégorie : - Les gains d'efficacité

602. La concentration ayant les gains d'efficacité comme contrepoids de l'effet anticoncurrentiel pourrait être exemptée de l'application de la loi de la concurrence.

Aux Etats-Unis, la section 4 de 'Horizontal Merger Guidelines' intitulé 'Efficacités' rappelle qu'en général, la concentration a le potentiel de produire les efficacités de manière significative à travers l'utilisation des actifs fusionnés qui abaisse le prix de revient dans la production et dans la prestation de service⁷⁵⁹ et que l'autorité compétente ne doit que comparer l'efficacité susceptible d'être créée par l'opération de concentration et l'effet anticoncurrentiel de celle-ci. Pour difficiles que soient identifiées les efficacités d'une opération de concentration, les autorités compétentes américaines ont déjà trouvé quelques types d'efficacités, telles que la

⁷⁵⁷ Mark R. Joelson, *An International Antitrust Primer, A Guide to the Operation of United States, European Union and Other Key Competition Laws in the Global Economy*, 3^e Edition, Kluwer Law International, 2006. p.169.

⁷⁵⁸ *United States v. Philadelphia National Bank*, 374U.S.321(1963), pt.178. Mark R. Joelson, « An International Antitrust Primer, A Guide to the Operation of United States, European Union and Other Key Competition Laws in the Global Economy », 3^e Edition, Kluwer Law International, 2006. p. 234.

facilité du changement de production qui ne sera pas réalisé par les parties indépendantes avant l'opération de la concentration, l'efficacité ayant trait à la recherche et au développement, etc.

Cependant, selon les expériences des autorités américaines, l'analyse de l'efficacité d'une concentration conduit plutôt à différer la décision finale par rapport à la concentration ayant l'effet anticoncurrentiel moins grave s'il n'y a pas l'efficacité. Les analyses des efficacités de la concentration n'ont jamais justifié une opération de monopole ou de quasi-monopole (*Efficiencies almost never justify a merger to monopoly or near-monopoly*)⁷⁶⁰.

Le considérant 29 du Règlement n°139/2004 du Conseil européen stipule «que pour déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun, il convient de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées » car, il y a la possibilité que « les gains d'efficacité résultant de la concentration contrebalancent les effets sur la concurrence, et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs qu'elle aurait sinon pu avoir. » La Commission européenne répond immédiatement par ses lignes directrices sur l'appréciation des concentrations⁷⁶¹. Sans aucun doute, ce texte européen est un fruit inspiré du texte américain. Même si les Lignes directrices n'ont pas énuméré des types des concentrations ayant des gains d'efficacité comme le font les Américains, le considérant 7 a confirmé que les articles 81 et 82 du traité de l'Union européenne sont applicables à certaines concentrations ; à cet effet, les éléments pris en compte fixés par l'article 81.§3 à l'égard de l'exemption des ententes, tels que la contribution à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, devraient être des facteurs pris en compte par la Commission européenne lors de son de contrôle des concentrations entre entreprises.

603. L'article 28 de la Loi antimonopole de 2007 prévoit que «*Lorsqu'une concentration entre entreprises élimine ou restreint la concurrence ou est susceptible d'avoir un tel effet, l'autorité compétente interdit la concentration. Néanmoins, si les acteurs économiques concernés par l'opération de concentration démontrent que les effets bénéfiques de la concentration sur la concurrence excèdent les inconvénients,*

⁷⁵⁹ Et l'efficacité produite par la concentration se nomme 'efficacité spécifique de concentration' ou 'gains d'efficacité propre à la concentration (merger-specific efficiencies).

⁷⁶⁰ Phillip Areeda, Louis Kaplow, *Antitrust Analysis- Problems, Text and Cases*, CITIC Publishing House, Fifth Edition, 2003. p. 860.

⁷⁶¹ La section 7 des Lignes directrices est consacrée aux gains d'efficacité.

ou que la concentration se conforme à l'intérêt public, l'autorité compétente peut décider de ne pas l'interdire.»

Il y a deux observations à tirer de ce texte.

Primo, force est de noter qu'au lieu de désigner la prépondérance concurrentielle que les entreprises participant à l'opération ont retirée de la concentration, '*les effets bénéfiques de la concentration sur la concurrence*' ici dans le texte, ne se bornent qu'à l'amélioration de la structure concurrentielle du marché. Quelquefois, même si une opération de concentration a l'effet de renforcer la position des entreprises participant à la concentration sur le marché, mais, si sans concentration, la partie fusionnée doit être évincée du marché, l'opération de cette concentration sera jugée plus profitable à la concurrence que la situation sans une telle opération. Cette disposition montre que l'efficacité économique n'est pas encore devenue la raison directe pour exempter quelques concentrations ayant l'effet anticoncurrentiel de l'application de la Loi antimonopole. Cependant, cela n'exclut pas l'hypothèse issue de la considération de '*l'impact sur le développement de l'économie nationale*' prévue dans l'article 27. Cette hypothèse constitue une possibilité pour l'autorité compétente d'autoriser une concentration, sous réserve de certaines conditions, pour la raison que l'opération pourra rationaliser la production, augmenter l'efficacité économique des entreprises concernées ou promouvoir la concurrence sur le marché.

Secundo, l'intérêt général de la société constitue une autre raison forte de l'exemption d'une opération de concentration de la Loi antimonopole. A cet égard, l'article 54, un ancien texte⁷⁶² du Règlement concernant l'acquisition d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers de 2006, pourrait l'illustrer. D'après cet article, quatre catégories de concentrations pouvaient demander une exemption au MOC et l'AIC de l'application du règlement précité. Elles sont celles qui pourront améliorer les conditions de concurrence équitable sur le marché, qui restructurent les entreprises défaillantes pour sauvegarder ou augmenter les emplois ; qui introduisent des techniques de pointe et embauchent des experts d'avant-garde pour augmenter la compétitivité de l'entreprise sur le plan mondial et celles qui pourront améliorer l'environnement. De ce chef, on constate qu'en Chine, l'intérêt général comprend tout au moins l'emploi, l'environnement et la compétitivité de l'entreprise.

⁷⁶² Le chapitre 5 intitulé 'Examen antimonopole' dudit règlement a été retranché, l'article 54 y est compris.

Malgré l'abrogation de cet article, les entreprises participant à une opération de concentration ayant un effet positif sur l'intérêt général devraient quand même tenter leur chance de l'exemption. Il est bien entendu que c'est à elles qu'il incombe de se justifier par des informations nécessaires et suffisantes et que c'est l'autorité compétente qui détient le pouvoir exclusif de donner ou ne pas donner son autorisation.

La troisième catégorie - les industries d'importance vitale à l'économie nationale

604. Certains secteurs peuvent être exonérés de l'application de la Loi antimonopole. Il s'agit souvent de la banque et des services publics, dont les transports et communications, l'approvisionnement des énergies et la défense, ces activités étant régies par des lois spécifiques et des administrations sectorielles.

Les régimes réglementaires spécifiques⁷⁶³ existent dans beaucoup de pays. Si les pays attachent une grande importance aux branches de services d'infrastructure, c'est essentiellement parce que ces secteurs sont d'une importance fondamentale pour la bonne tenue de l'économie nationale, du fait qu'elles alimentent tous les autres secteurs d'activité et que les activités de ces secteurs d'infrastructure ne peuvent être exercées que par un très petit nombre d'exploitants au niveau national à cause de coûts irréversibles, qui sont irrécupérables une fois engagés.

Dans l'optique particulière de l'Etat chinois qui est encore un pays en développement, il convient de souligner que, du fait de la structure du marché, l'ouverture de ces secteurs réglementés à la concurrence suscite souvent de sérieuses préoccupations nationales.

§2. *L'application territoriale et extraterritoriale*

605. Comme toutes les branches du droit, le droit de la concurrence utilise aussi des techniques de délimitation territoriale. Selon le fameux postulat juridique concernant la territorialité, le droit de la concurrence en vigueur dans un territoire, d'une part, est seul applicable dans ce territoire, d'autre part, n'a pas d'effet hors de ce territoire du fait que chaque Etat a sa souveraineté. Pourtant, le fait de l'infiltration des activités économiques à toutes frontières, face à la mondialisation économique rend complexe

⁷⁶³ Ils sont particulièrement répandus dans des secteurs comme les télécommunications, l'électricité, les chemins de fer et le gaz naturel, mais on en trouve aussi dans la radiodiffusion, l'aviation civile, la télévision par câble, les transports maritimes, les produits pharmaceutiques, les minéraux radioactifs, les boissons alcoolisées, les

l'application du droit de la concurrence, car d'un côté, dans le champ d'application territoriale générale, y est né une notion propre au droit de la concurrence, celle de marché pertinent (I), d'un autre côté, l'application territoriale a une exception, à savoir l'application extraterritoriale (II).

I. L'application territoriale

606. La délimitation du marché pertinent est une étape essentielle pour appliquer la Loi antimonopole (A). Mais, ce n'est pas tout. La complexité du marché rend difficile sa délimitation. C'est ainsi qu'il est nécessaire d'effectuer une analyse approfondie à cet égard (B).

A. Délimitation du marché pertinent

1. Notions de marché de produits et de marché géographique

607. En ce qui concerne le marché pertinent, la différence des notions de versions européenne et chinoise n'est pas aussi grande que l'on imagine. Comme l'Europe emprunte les notions et les techniques d'analyse américaines, la Chine emprunte celle de l'Europe.

Aux fins de l'application de la Loi antimonopole de 2007, la Commission antimonopole de Chine a publié la Directive relative à la délimitation du marché pertinent au 24 mai 2009. Dans l'introduction de la Directive, la Commission antimonopole fixe l'objet principal de délimiter le marché pertinent, qui est d'identifier l'existence des concurrents réels et concurrents potentiels, calculer les parts de marché et le degré de concentration de marché, apprécier la position dominante et établir le cadre dans lequel les autorités compétentes appliquent la Loi antimonopole, constituer le point départ de l'analyse sur la concurrence et une étape importante de l'application de la Loi antimonopole. La délimitation du marché pertinent constitue un instrument d'analyse essentiel en droit de la concurrence, la délimitation du marché pertinent sert à apprécier le pouvoir de marché d'un acteur économique ou l'effet probable d'une opération de concentration sur la concurrence.⁷⁶⁴

assurances, la banque, le transport interurbain par autobus et par camion, la distribution d'eau et bien d'autres encore.

⁷⁶⁴ L'article 3 de la Directive relative à la délimitation du marché pertinent de 2009.

cf. §2,4 de la « Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence », Journal officiel n° C 372 du 09/12/1997 p. 0005 - 0013(97/C 372/03).

608. Si l'on compare l'introduction du texte chinois avec celle du texte de la Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause, il n'est pas difficile de trouver que le premier est quasiment un résumé succinct du dernier.

Si l'on continue cette comparaison, une différence d'écriture apparaît à l'égard de la définition. Au lieu de donner une définition générale du marché pertinent, la Commission européenne définit séparément le marché de produits en cause et le marché géographique en cause. A la différence de la façon européenne, l'article 3 de la Directive chinoise est dédiée d'abord à la notion du marché pertinent, puis à celles du marché de produits et du marché géographique.

609. En vertu de l'article 3 de la Directive chinoise, un marché pertinent est une sphère de produits et de géographie dans laquelle les acteurs économiques se concurrencent l'un et l'autre sur leurs produits ou services en cause. Le marché pertinent comprend le marché de produits et le marché géographique.

Quant au marché de produits, il désigne un marché composé d'une série ou d'une catégorie de tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme ayant un lien étroit interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Dans l'application de la Loi antimonopole, ces produits ou services manifestant un rapport de concurrence forte, sont considérés d'ensemble comme une sphère des produits dans laquelle les acteurs économiques rivalisent.⁷⁶⁵

Le marché géographique est un territoire géographique sur lequel les consommateurs obtiennent les produits ou services ayant un lien interchangeable ou substituable. Ces territoires géographiques de produits, manifestant un rapport de concurrence, sont considérés par l'autorité compétente comme la sphère géographique dans laquelle les acteurs économiques se mettent en compétition l'un l'autre.⁷⁶⁶

Le marché géographique s'entend du territoire chinois sur lequel l'entreprise en cause est supposée détenir une position dominante, et avoir la possibilité d'en abuser pour

⁷⁶⁵ La notion européenne du marché de produits : «Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.», §7 de la Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause.

⁷⁶⁶ La notion européenne du marché géographique : «Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.» §8 de la Communication européenne.

menacer la concurrence effective. Les économistes considèrent qu'il s'agit du territoire spécifique sur lequel le jeu de l'offre et de la demande des produits doit être apprécié.

610. Force est de constater les caractéristiques de la notion chinoise de marché pertinent.

La première est ce qu'elle rejette l'emprunt à la théorie économique, selon laquelle le marché pertinent est «*le lieu théorique où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts.*»⁷⁶⁷ L'expression de ces notions est simple et succincte, si bien qu'elle est facile à comprendre même pour les non-juristes ; cela peut contribuer à la réforme de la technique législative, celle-ci est facilement tombée dans le pédantisme et l'inintelligibilité.

La deuxième est ce que deux autres marchés sont mentionnés par l'article 3, à savoir, le marché temporel, qu'il s'agisse des produits qui ont de caractéristiques non négligeables dans le temps, telles que le cycle de production, le délai d'expiration de l'utilisation, la nature saisonnière, la vogue de la mode ou la durée de protection de la propriété intellectuelle, etc., et le marché des techniques en cause qui demande une délimitation dans les affaires concernant le commerce des techniques, les accords de licence, la propriété intellectuelle et l'innovation technique.

2. Principes de base de la définition de marché

611. Sur un marché concurrentiel, les entreprises s'obligent à affronter trois contraintes qui sont issues de la substituabilité, tant du côté de la demande qu'au niveau de l'offre et de la concurrence potentielle.

A cet égard, rien n'est plus clair que de montrer le rôle important que joue la substituabilité du côté de la demande et de l'offre dans le travail en vue de déterminer la frontière d'un marché pertinent que le texte européen, selon lequel, «*la substitution du côté de la demande, d'un point de vue économique, est le facteur de discipline le plus immédiat et le plus efficace vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné, en particulier en ce qui concerne leurs décisions en matière de fixation des prix. Une entreprise ou un groupe d'entreprises ne peut avoir une influence déterminante sur les conditions de vente existantes (prix par exemple), si sa clientèle est en mesure de se tourner sans difficulté*

⁷⁶⁷ Anne TERCINET, *Droit européen de la concurrence : Opportunités et menaces*, op.cit. 2000. p.7.

vers des produits de substitution ou vers des fournisseurs implantés ailleurs»⁷⁶⁸, tandis que les contraintes issues de la substitution du côté de l'offre «sont, en règle générale, moins immédiates et, du reste, commandent l'analyse de facteurs supplémentaires. En conséquence de telles contraintes sont prises en compte lors de l'évaluation de l'analyse de la concurrence.»⁷⁶⁹

Fondamentalement, l'exercice de définition du marché consiste à identifier les autres sources réelles d'approvisionnement auxquelles les consommateurs peuvent recourir, tant sous l'angle des produits ou des services que les autres fournisseurs proposent que du point de vue de leur localisation géographique.

Le chapitre II de la Directive chinoise sur la délimitation du marché pertinent de 2009, elle aussi, avoue les contraintes directes de la substituabilité aux entreprises et l'importance de l'analyse de la substituabilité en pensant que dans l'exercice de définition du marché pertinent, l'étendue d'un marché pertinent dépend du degré de la substituabilité des produits ou des territoires géographiques et que cette substituabilité peut être du côté de la demande, mais aussi au niveau de l'offre.

1) Substitution du côté de la demande

612. L'appréciation du degré de la substituabilité de la demande entraîne une détermination de l'éventail des produits perçus comme substituables par le consommateur. En autres termes, ces produits sont-ils, du point de vue de la demande, interchangeable en raison de la qualité, de l'utilité de l'accessibilité et du prix ? L'analyse se fait en regard des circonstances de l'espèce, et des caractéristiques de produits en cause.

«En principe, plus le degré de la substituabilité des produits est élevé, plus la concurrence entre ces produits est acharnée, plus grande est la possibilité que ces produits soient sur le marché.»⁷⁷⁰

2) Substitution du côté de l'offre

613. On pourrait aussi analyser la substituabilité du côté de l'offre pour définir les marchés pertinents dans les opérations. L'analyse de la substituabilité au niveau de l'offre se réalise en regard des coûts qu'apportent les entreprises pertinentes dans la

⁷⁶⁸ §13 de la Communication européenne sur la délimitation du marché en cause.

⁷⁶⁹ §14 de la Communication européenne sur la délimitation du marché en cause.

⁷⁷⁰ L'article 5 de la Directive chinoise sur la délimitation du marché pertinent.

transformation de la production, des risques qu'assument les entreprises concernées, le temps d'accéder au marché pertinent des entreprises concernées.

Généralement, moins les entreprises apportent dans la transformation de la production, moins elles subiront de risques supplémentaires, plus rapide elles fournissent les produits de substitution, et finalement, plus le degré de la substitution du côté de l'offre est élevé.⁷⁷¹

Cela tendrait à prouver qu'il existe une concurrence potentielle à travers des producteurs de modifier leur production dans un temps relativement court.

B. Analyse du marché pertinent

1. Eléments pris en compte pour la délimitation du marché pertinent

614. Dans l'exercice de l'analyse du degré de la substituabilité des produits au niveau de la demande pour délimiter le marché de produits, l'autorité compétente chinoise doit prendre en considération les facteurs suivants :

- les preuves de la possibilité que les consommateurs se tournent ou comptent se tourner vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs en cas de changement du prix des produits pertinents ou de facteurs concurrentiels ;
- l'utilité et la caractéristique générale des produits pertinents, tels que l'apparence, la particularité, la qualité et la particularité technique ; malgré la différence existant entre les caractéristiques générales d'un produit et d'un autre produit, l'autre produit lui sera reconnu substituable s'il est reconnu apte par les consommateurs à satisfaire aux mêmes besoins ;
- la différence du prix entre les produits dans le même éventail. Généralement, plus le degré de la substituabilité entre les produits est élevé, plus les prix des produits sont rapprochés et plus les prix des produits manifestent une tendance de changement au même sens ; partant, dans l'analyse du prix, les facteurs non concurrentiels concernant le changement du prix ne doivent pas être pris en considération ;
- le débouché des produits ; la différence des débouchés des produits peut signifier la différence des consommateurs. Les produits ayant des consommateurs différents n'ont

⁷⁷¹ L'article 6 de la Directive chinoise de 2009.

pas de rapport de concurrence. Il est peu probable qu'ils deviennent des produits pertinents ;

- d'autres facteurs importants, tels que la préférence et la dépendance des consommateurs envers les produits, la discrimination de fixation de prix et d'autres obstacles, risques ou prix de revient qui sont susceptibles d'empêcher, de manière significative, les consommateurs de se tourner vers des produits de substitution.⁷⁷²

615. De même, les éléments qui suivent doivent être pris en considération lors de l'analyse de la substituabilité du côté de la demande pour faire délimiter le marché géographique par l'autorité compétente :

- les preuves de la possibilité que les consommateurs se tournent ou comptent se tourner vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas de changement du prix des produits pertinent ou de facteurs concurrentiels ;

- le coût de transport et la caractéristique de transport des produits. En principe, par rapport au prix des produits, plus le coût de transport du produit est élevé, moins le marché géographique est étendu, le ciment en étant l'exemple. La caractéristique du transport des produits détermine le territoire sur lequel se vendent les produits, par exemple, le gaz industriel qui a le gazoduc comme moyen de transport ;

- le territoire réel sur lequel se trouve la plupart des consommateurs d'un produit pertinent, ou le fournisseur principal d'un produit pertinent ;

- les barrières commerciales entre de différents territoires, telles que les droits de douane, les réglementations locales, les facteurs ayant trait à la protection de l'environnement, les facteurs techniques, etc. A titre d'exemple, par rapport au prix du produit, plus les droits de douane sont élevés, plus il est possible que le marché pertinent géographique soit un marché régional ;

- d'autres facteurs importants, tels que la préférence et la dépendance des consommateurs d'un territoire spécifique, la quantité d'importation et d'exportation du produit sur ce territoire, etc.⁷⁷³

Lorsque le marché pertinent du produit est délimité à l'optique de l'offre, les éléments pris en compte pour cet exercice de l'autorité compétente sont les suivants :

⁷⁷² L'article 8 de la Directive chinoise de 2009.

- les preuves relatives aux réactions des autres acteurs économiques face au changement du prix et d'autres facteurs concurrentiels ;
- les méthodes techniques et les processus de la production des autres acteurs économiques ;
- le degré de difficulté de transformation de production ;
- le temps nécessaire pour la transformation de production des autres acteurs économiques ;
- les frais supplémentaires et les risques pour la transformation de production ; et
- la compétitivité et le débouché des produits fournis après la transformation de production, etc.

616. De même, lorsque le marché pertinent géographique est délimité sous l'angle de l'offre, les éléments pris en compte par l'autorité compétente doivent comprendre, outre les preuves concernant les réactions des autres entreprises implantées ailleurs, la spontanéité et la faisabilité de vendre ou de fournir les produits pertinents de la part des entreprises implantées ailleurs, par exemple, le coût de la demande vers d'autres fournisseurs implantés ailleurs.

La Commission antimonopole chinoise rappelle à l'autorité compétente un point important dans son exercice de la délimitation du marché pertinent, à savoir que tous ces éléments ou facteurs ne jouent pas un rôle équivalent ; c'est à l'autorité compétente de décider de se servir de ces éléments dans chaque cas⁷⁷⁴. Cela dit, la compétence de l'autorité compétente est élargie et flexibilisée et la décision précédente de l'autorité compétente n'a pas l'effet de chose jugée.

2. *The hypothetical monopolist test*

617. Parmi tous les procédés axés respectivement sur la spécialité, l'utilité et le prix des produits pour déterminer le degré de la substituabilité au niveau de la demande, la Directive chinoise de 2009 met l'accent sur le procédé de détermination en fonction de la variation des prix, un procédé courant de l'analyse de la substituabilité employé aussi dans l'Union européenne, qui, pourtant, possède un nom emprunté de la doctrine américaine :

⁷⁷³ L'article 9 de la Directive chinoise de 2009.

⁷⁷⁴ L'article 8 de la Directive chinoise de 2009.

‘the hypothetical monopolist test’⁷⁷⁵, mais copie quelques parties de la Communication européenne. En tout cas, comme la Commission européenne l’a dit «*ce test peut fournir des indications claires sur les éléments pertinents pour la définition des marchés.*»⁷⁷⁶

Selon ce test, l’exercice de définition du marché est axé sur la substitution du côté de la demande que pourraient entraîner des variations légères mais permanentes des prix relatifs. Ce test est effectué pour savoir si les clients des entreprises présumées comme un monopoliste détenant une position dominante sur le marché pertinent se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d’augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente (dans un délai d’au moins un an), des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés. Si la substitution suffit, en raison du recul des ventes qui en découlerait, à ôter tout intérêt à une augmentation de prix, des produits de substitution et des territoires supplémentaires sont intégrés dans le marché en cause. On procède ainsi jusqu’à ce que l’ensemble de produits et la zone géographique retenus soient tels qu’il devienne rentable de procéder à des hausses légères mais permanentes des prix relatifs.⁷⁷⁷

En règle générale, et en particulier pour l’analyse des opérations de concentration, le prix à prendre en considération est le prix courant sur le marché considéré. La situation pourrait être différente si le prix courant a été fixé en l’absence de concurrence suffisante. Dans les enquêtes sur les abus de position dominante, notamment, le fait que le prix courant pourrait avoir substantiellement augmenté sera pris en considération.⁷⁷⁸

En application de ce test, certaines situations particulières dans certains secteurs devraient être soigneusement prises en compte. Dans l’affaire de l’acquisition de la *Compagnie Delphi* par le *General Motors*⁷⁷⁹, la DAM a fait le meilleur emploi du test de monopoliste hypothétique pour délimiter respectivement le marché pertinent de chacune de ces deux parties, en décidant que le marché de produit de *GM* contient le marché de

⁷⁷⁵ The hypothetical monopolist approach est apparu pour la première fois aux Etats-Unis dans l’essai de l’économiste Morris Adelman en 1959, Morris A. Adelman, *Economic Aspects of the Bethlehem Opinion*, 45 VA. L. REV. 684, 688 (1959), approuvé ensuite par la Cour suprême dans sa décision sur l’affaire de *Cellephane* (United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 391–92 (1956), finalement fixé par le texte du « Department of Justice and Federal Trade commission horizontal Merger Guidelines » de 1982, modifié le 2 avril 1992 et le 8 avril 1997 qui donne l’hypothèse que l’entreprise en cause est monopoliste présumé qui cherche du profit maximum et qui a un pouvoir de maintenir le prix élevé de manière significative dans un marché pertinent. Cf. Gregory J. Werden, *The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm*.

⁷⁷⁶ §15 de la Communication européenne.

⁷⁷⁷ L’article 10 de la Directive chinoise de 2009 et §16 de la Communication européenne.

⁷⁷⁸ L’article 11, paragraphe 1 de la Directive chinoise et §19 de la Communication européenne.

⁷⁷⁹ Journal officiel du MOC, n°76/2009, le 28 septembre 2009.

véhicule de ménage et celui de véhicule commercial, leur marché géographique est le marché chinois qui est aussi le marché géographique des dix marchés de produit accessoire d'automobile de la *Compagnie Delphi*.

618. En fait, à partir du 24 mai 2009, la date de la publication de la Directive de la Commission antimonopole sur la délimitation du marché pertinent, la DAM a mis en pratique le test dans trois décisions d'autorisation de l'opération de concentration sous réserve des conditions, les autres deux sont l'acquisition de *Sanyo Electric Co. Ltd.* par *Panasonic Co.Ltd.*,⁷⁸⁰ et l'acquisition de *Wyeth* par *Pfizer*⁷⁸¹.

II. L'application extraterritoriale des règles de contrôle des concentrations

619. L'application extraterritoriale des règles de contrôle des concentrations de la Chine se base sur deux catégories de principes : la première catégorie consiste en emprunts au système américain du droit antitrust et au système européen du droit de la concurrence (A), la deuxième traduit la préoccupation chinoise de la sécurité nationale (B).

A. Principes de l'application extraterritoriale du contrôle des concentrations

1. La théorie de territorialité

620. Dans l'optique du droit international, sous réserve de ses obligations internationales, l'Etat dispose d'une compétence normative incontestée à l'égard des personnes, biens, faits et situations juridiques se trouvant ou se réalisant sur son territoire. Cette compétence territoriale de l'Etat est le corollaire de sa souveraineté territoriale. Elle s'appuie sur le titre de compétence le plus naturel en droit international public, le territoire. Le principe de territorialité est le seul fondement permettant à l'Etat l'exercice simultané de la compétence normative et de la compétence d'exécution consécutive.

Au regard de la théorie de territorialité, la première phrase de l'article 2 de la Loi antimonopole de 2007, en disposant que «*La loi est applicable aux pratiques monopolistes dans l'activité économique exercée sur le territoire de la République populaire de Chine* », offre aux autorités compétentes et juridictions compétentes la

⁷⁸⁰ Journal officiel du MOC, n°82/2009, le 30 octobre 2009.

⁷⁸¹ Cf. *infra*. n°650.

compétence d'appliquer la loi de la concurrence aux pratiques anticoncurrentielles⁷⁸² effectuées sur le territoire de la Chine.

C'est une affirmation de la localisation des accords ayant une nature monopoliste, des abus de position dominante et des concentrations susceptibles d'éliminer et de restreindre la concurrence sur le marché. La localisation des pratiques monopolistes constitue en effet le critère d'application territoriale de son droit de la concurrence, malgré des éléments d'extranéité que comportent ces pratiques anticoncurrentielles. L'extranéité d'une entreprise ou d'un acteur économique ne saurait être tenue pour une cause d'incompétence dès que la pratique qui lui est imputable est effectuée et produit ses effets dans le territoire chinois. La souveraineté de l'Etat chinois dans le domaine juridique en matière de concurrence s'explique d'abord par l'interdiction de toutes infractions à la concurrence commises sur le territoire chinois, que l'auteur soit une personne de droit étranger ou chinois.

621. Pourtant, *«la conquête des marchés s'étire dans l'espace.»*⁷⁸³ La théorie de territorialité limitée ne saurait répondre à l'internationalisation de l'économie. Pour remédier aux inconvénients d'une compétence strictement limitée à son territoire, notamment l'impossibilité de lutter contre des comportements couverts par des comportements extraterritoriaux, mais qui l'affectent, l'Etat chinois a envisagé d'étendre sa juridiction aux agissements réalisés à l'étranger mais qui ont des effets sur son territoire, comme le font les Etats-Unis et l'Union européenne.

*«N'étant plus territoriale, cette compétence devenait selon toute logique extraterritoriale. Est née alors la compétence fondée sur le principe de territorialité dite objective, et plus largement sur le fondement de la théorie des effets, quoiqu'une distinction entre ces deux notions doive être faite.»*⁷⁸⁴

2. La théorie des effets

622. *«Consacrée par le juge international dans l'affaire Lotus⁷⁸⁵ et par quelques législations nationales pénales, la théorie des effets a longtemps cherché une reconnaissance et des critères d'application précis en droit économique.»*⁷⁸⁶

⁷⁸² Ces pratiques monopolistes ou bien anticoncurrentielles comprennent, selon l'article 3 de la loi précitée, les accords (décisions et pratiques concertées) qui ont la nature monopoliste, c'est-à-dire l'effet d'éliminer et de restreindre la concurrence sur le marché, les abus de position dominante et les concentrations susceptibles d'éliminer et de restreindre la concurrence effective sur le marché.

⁷⁸³ Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stephane Payet, *Droit de la concurrence*, DALLOZ, 2006, p.13.

⁷⁸⁴ Mathieu CARDON, *Microsoft, la Commission et le juge communautaire*, Revue Lamy de la Concurrence - 2008-10. p.4.

⁷⁸⁵ CPJI, 7 sept.1927, Affaire du « Lotus », Série A, n°10, (1927), p.23.

Les Etats-Unis sont les premiers à adopter la théorie des effets comme critères d'application du droit économique, notamment à partir de la décision '*Aluminum Co. of America*' de 1945⁷⁸⁷, dans laquelle le juge Learned Hand s'exprima en ces termes : « *Nous ne devrions pas attribuer au Congrès l'intention de punir tous ceux que nos tribunaux peuvent faire comparaître, pour des actes qui n'ont pas de conséquences à l'intérieur des Etats-Unis. Néanmoins, c'est une règle de droit bien établie... que tout Etat peut imposer des obligations, même à des personnes qui ne sont pas dans son allégeance, pour des actes accomplis en dehors de ses frontières qui ont des conséquences à l'intérieur de celles-ci ; et d'ordinaire, les autres Etats reconnaîtront ces obligations.* »

En effet, les conditions conférant un effet extraterritorial, énumérées comme directes, substantielles et raisonnablement prévisibles, ne sont réellement apparues qu'un demi-siècle après l'adoption du Sherman Act⁷⁸⁸ et l'application extraterritoriale ne s'est stabilisée que très récemment dans l'affaire *Hoffman-La Roche*⁷⁸⁹. La théorie des effets a essuyé de virulentes critiques, provenant particulièrement de la Communauté européenne, en raison notamment de la compétence extensive et de la juridiction de 'long arms' des autorités américaines en droit économique. Le dialogue belliqueux d'un demi-siècle de part et d'autre de l'Atlantique sur le titre de compétence internationale propre au droit économique s'est terminé par la reconnaissance et l'adoption complète de la théorie des effets, par l'Allemagne d'abord, puis par la Communauté européenne et par la coopération bilatérale entre l'Union européenne et les Etats-Unis.

623. L'adoption de la théorie des effets par l'Union européenne ne s'est pas faite d'un seul coup. Il y a une hésitation de quarante-deux ans à partir du jour de l'adoption du Traité de Rome au 25 mars 1957, où le juge du Tribunal de première instance a rendu son verdict dans l'affaire '*Gencor*' en confirmant la compétence internationale de la Communauté au titre de l'article 82 du Traité de Rome, en

⁷⁸⁶ Mathieu CARDON. Op.cit. voir aussi, Bischoff J.-M. et Kovar R., L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté, JDI 1975, p.675, §8). Aussi, l'Avocat général H.Mayras, dans ses conclusions sur l'arrêt *Matières Colorantes*, déclarait-il raisonnablement dès 1972 : « l'article 81 retient incontestablement le seul critère de l'effet anticoncurrentiel dans le Marché commun, sans prendre en considération ni la nationalité, ni la localisation du siège des entreprises responsables des infractions à la concurrence. Il en est de même de l'article 82 en ce qui concerne l'exploitation abusive d'une position dominante. »

⁷⁸⁷ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

⁷⁸⁸ Le §18 du second Restatement of Foreign Relations Law (1965) ainsi que l'article 7 (a) de Sherman Act et l'article 45 (a) (3) de Federal Trade Commission Act.

⁷⁸⁹ *Hoffman-La Roche F., Ltd. v. Empagran S.A.*, 124 S. Ct. 2359 (2004) ou 542 U.S. 155 (2004).

justifiant la théorie des effets au titre du règlement n° 4064/89 du Conseil européen, «un résultat qui aurait pu être atteint le 25 novembre 1971»⁷⁹⁰ dans l'affaire *Béguelin Import*⁷⁹¹. La raison de l'adoption de la théorie des effets par la Communauté européenne est simple, comme on affirmait dès 1983 : « (nous pensons) que la Cour sera sensible au fait qu'en ne reconnaissant pas la théorie des effets, elle prive la Communauté d'une arme potentielle, que la Communauté peut utiliser sur la scène internationale si nécessaire. »⁷⁹²

Pour mémoire, le cheminement de la Communauté européenne vers la théorie des effets part du début de l'application de l'article 85 et 86 du Traité aux entreprises ayant leur siège dans la CEE, à successivement, une extension de ces règles sous couvert de la prise en compte de la notion de 'groupe de sociétés' dans l'affaire des *Matières Colorantes* et l'affaire 'Continental Can'⁷⁹³, et au franchissement de l'application de la théorie des effets dans l'affaire '*Pâtes de bois*'⁷⁹⁴ en 1988, et finalement à l'affirmation de la théorie dans l'affaire *Gencor* de 1996 et 1999⁷⁹⁵, à la consécration formelle de l'application de la théorie des effets par le juge dans l'affaire *Boeing/McDonnell Douglas* de 1997⁷⁹⁶ et le renforcement ahurissant de l'application de la théorie par la condamnation à 497 196 304 euros en 2004 et 2007 et à 899 millions d'euros le montant définitif de l'astreinte infligée pour non-respect de l'injonction relative à la l'interopérabilité dans l'affaire *Microsoft* en 2008. Ce ne sera certainement pas la fin de l'application de la théorie des effets à l'Europe.

A l'évidence, les comportements abusifs de Microsoft produisent des effets immédiats, substantiels et prévisibles pour le consommateur et la concurrence

⁷⁹⁰ Mathieu CARDON. *Op.cit.* p. 2.

⁷⁹¹ *Gencor préc.*, CJCE, 25 nov.1971, aff.22/71, *Béguelin Import Co.c/ SAGL Import Export*, Rec.CJCE, p.949.

⁷⁹² Waelbroeck M., *The European Community Approach*, in *Extra-territorial Application of Laws* dans *Responses Thereto*, préc., p.77.

⁷⁹³ CJCE, 14 juill. 1972, aff. *Imperial Chemical Industries Ltd.c/ Commission*. L'affaire des matières colorantes concernait une pratique concertée entre *Imperial chemical industries(ICI)*, société établie au Royaume –Uni, qui n'était pas alors membre de la CEE, avec des producteurs de la Communauté. Ces opérateurs avaient augmenté ainsi les prix de vente de certaines matières colorantes, mais ICI n'avait vendu qu'à des filiales établies dans la CEE et non directement. La CJCE a pu, sans se référer à la théorie des effets, sanctionner ces comportements en imputant à la société mère britannique celui des filiales. La même technique a été utilisée dans l'affaire '*Continental Can*', aff.6/72, 21 février 1973, Rec.1973.

⁷⁹⁴ Affaire C-310/97. Pour sanctionner une entente relative aux prix entre des fabricants canadiens, américains, suédois et finlandais, qui n'avaient pas de filiale ou succursale en Europe, la CJCE a admis de façon très pragmatique que 'faire dépendre l'application des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire auxdites interdictions. Ce qui est déterminant est donc le lieu où l'entente est mise en œuvre. En l'espèce, les producteurs ont mis en œuvre leur entente de prix à l'intérieur du Marché commun...'

⁷⁹⁵ TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd c/Commission*, aff. T-102/96, Rec. II-753, point 90 : « lorsqu'il est prévisible qu'une concentration projetée produira un effet immédiat et substantiel dans la Communauté, l'application du règlement est justifiée ».

⁷⁹⁶ Déc.Comm.CE, n°97/816, 30juill.1997, aff. *Boeing/McDonnell Douglas*, JOCE 8 déc.

communautaire. L'analyse menée par la Commission puis par le juge de première instance montre que les effets établis sont qualifiés. « *Quoi qu'il en soit, cette affaire illustre l'application d'une théorie des effets 'interne', à l'instar de la jurisprudence récente de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire Hoffman-La Roche F., Ltd.v.Empagran S.A.* »⁷⁹⁷

En fin du compte, « *le juge communautaire et le juge américain semblent utiliser des termes identiques lorsqu'il s'agit de considérer l'application extraterritoriale de leur droit économique* »⁷⁹⁸ et apprécier de manière uniforme par l'application d'un critère identique ou presque la dimension géographique du marché en cause. « *Dès lors, toute autorité administrative ou juridictionnelle doit pouvoir suivre le même raisonnement.* »⁷⁹⁹

624. Pour le législateur chinois, l'Union européenne se montre un meilleur exemple à l'égard de l'adoption de la théorie américaine des effets. Rien ne saurait empêcher la Chine de s'inspirer de l'hésitation et des expériences d'essai et de l'emploi extrême de la théorie des effets de l'Union européenne. L'article 2 de la Loi antimonopole de 2007 confirme l'adoption de la théorie des effets dans le domaine économique en disposant que la Loi antimonopole est applicable aux pratiques monopolistiques mises en œuvre hors du territoire chinois, si elles ont pour effet d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché chinois.

« *Puisque le droit de la concurrence vise à la bonne organisation du marché, il s'applique dès lors que la pratique en cause est susceptible d'affecter le territoire national pour le droit national... La nationalité des entreprises importe donc peu.* »⁸⁰⁰

Le droit chinois de la concurrence interdit aux entreprises, quel que soit le lieu de leur siège social ou de leur établissement de poursuivre des pratiques anticoncurrentielles sur le marché interne chinois. En effet, l'un des objectifs du droit chinois de la concurrence est la construction du système socialiste de marché dans lequel la concurrence entre les acteurs économiques libres est effective. Cet objectif doit être respecté par tous acteurs économiques si bien que le droit chinois de la concurrence est applicable à toute situation, dès lors que le comportement des entreprises est mis en œuvre sur le territoire chinois ou que l'effet anticoncurrentiel est produit sur le marché chinois par un comportement effectué à l'étranger.

⁷⁹⁷ Mathieu CARDON. Op.cit. p. 13.

⁷⁹⁸ Mathieu CARDON. Op.cit. p. 7.

⁷⁹⁹ Mathieu CARDON. Op.cit. p. 10.

De plus, les règles de concurrence, pour être efficaces, compte tenu de l'internationalisation des activités économiques, doivent pouvoir s'appliquer à des entreprises situées en territoire étranger, et à des décisions ou comportements localisés à l'étranger. S'agissant d'assurer le jeu de la concurrence sur le marché territorial, sont seulement pris en compte les effets de ces décisions ou comportements ou des concentrations, dès lors qu'ils sont ressentis sur le territoire de la Chine, l'Etat auteur des règles de concurrence.

625. Suivant cette tendance, la stimulation à l'application de la théorie des effets est plus forte que jamais dans le milieu juriste chinois⁸⁰¹.

Heureusement, il est certain que le débat sur le rattachement de l'exécution de la décision des autorités compétentes au principe de territorialité ne soulèvera pas autant d'enthousiasme en Chine qu'en l'Europe, en raison de la jeunesse du système juridique de la Chine, dont le corollaire est l'insuffisance de la discussion doctrinale en regard des systèmes juridiques occidentaux. Ici, c'est le pragmatisme qui l'emporte sur tout.

D'ailleurs, les conventions bilatérales conclues entre l'Union européenne et les Etats-Unis⁸⁰² pour résoudre les conflits entre les compétences internationales de leur droit de la concurrence, ou de leur droit de l'économie, constituent aussi une source d'inspiration pour le législateur et les autorités compétentes chinoises de la concurrence.

B. Le principe de sécurité nationale

1. Menace latente à la sécurité nationale

626. Au fur et à mesure de l'internationalisation économique, des secteurs entiers de l'activité économique sont de plus en plus exclusivement contrôlés par quelques acteurs, voire un, deux ou trois opérateurs seulement. Le secteur étant entre les mains de ces quelques acteurs de la planète, qui détiennent les principales sources d'approvisionnement du ou des produits concernés, le marché éventuel correspondant

⁸⁰⁰ Lamy Droit Economique 2010-952- La territorialité du droit de la concurrence.

⁸⁰¹ V. WANG Xiaoye, *Application extraterritoriale de la Loi antimonopole chinoise*, in Journal of Shanghai University of Finance and Economics, vol. 10, n°1, fevr.2008. MEI Xinyu, *Lacunes et remèdes relatifs aux dispositions antimonopoles du règlement sur l'acquisition des entreprises chinoises par des investisseurs étrangers de la Chine*, in International Trade, 2007. n°12.

⁸⁰² Accord entre le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et la Commission des Communautés européennes concernant l'application de leur droit de la concurrence du 23 septembre 1991, JOCE n°L95, du 27 avril 1995, et JOCE n°L131, du 15 juin 1995. L'accord du 29 mai 1998 dit de courtoisie active, JOCE n°173 du 18 juin 1998. v. aussi, A.Berg, *Les accords de coopération Union européenne/Etats-Unis en matière de concurrence : vers une internationalisation du droit de la concurrence ?*, thèse Montréal, Institut de droit comparé, 1999.

de ces acteurs est nécessairement de dimension mondiale. «*Selon la Commission européenne, il en est par exemple ainsi du marché des avions à réaction commerciaux de grande capacité*⁸⁰³, *du marché du platine et du rhodium*⁸⁰⁴, *du marché des systèmes d'exploitation pour PC clients, des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail et des lecteurs multimédias*⁸⁰⁵ *de la technologie informatique...*»⁸⁰⁶

Dans ce contexte, il est impossible que le marché chinois ne soit pas touché par des comportements monopolistes à l'étranger et dans le territoire chinois.

Sur le territoire chinois, rappelons les quelques manifestations de protectionnisme, émanant le plus souvent de concurrents locaux s'élevant contre des rachats par des étrangers d'entreprises locales. SEB dans le chiffre d'affaires de 1.5 milliards de yuans réalisé en Chine en 2006 représente 40% du marché chinois, qui propose de racheter plus de 52% des droits des actions de *Zhejiang Supor Cookware*, la plus grande société chinoise sur le marché chinois d'ustensiles de cuisine, y est confronté tout comme *Charlyle* dans son désir de reprise de *Xugong Construction Machinery*.⁸⁰⁷

En effet, en raison de la mise en scène tardive du droit de la concurrence, la situation monopoliste s'est déjà formée dans des secteurs économiques importants du fait des investisseurs étrangers. De plus, des secteurs interdits aux investisseurs étrangers sont touchés profondément par l'investissement indirect des investisseurs étrangers, tandis que la fuite des actifs étatiques dans l'acquisition des entreprises d'Etat par des investisseurs étrangers et dans la restructuration des entreprises d'Etats par la participation des ceux-ci, sonne le tocsin de la disparition de quelques industries nationales.

2. Le contrôle pour raison de sécurité nationale

627. Face aux enjeux liés à la sécurité économique nationale lors des acquisitions étrangères, lors des concentrations effectuées par les entreprises transnationales ou internationales étrangères hors du territoire chinois, le législateur chinois consacre l'article 31 de la Loi antimonopole au secours de la sécurité nationale. Aux termes de cet article, lorsque la fusion ou l'acquisition des entreprises chinoises par des

⁸⁰³ Aff. *Boeing/McDonnell Douglas*.

⁸⁰⁴ Aff. *Gencor/Lonrho*.

⁸⁰⁵ Aff. *Microsoft*. Et Déc.Comm. CE n°94/771, 11 nov. 1994 n Olivetti/Digital, JOCE 2 déc ?1994, n°L 309.

⁸⁰⁶ Mathieu CARDON. *Op.cit.* p.9.

⁸⁰⁷ Béatrice Miret & Thibaut Voïta, *Investissements étrangers : Normalisations...ou freins ?*, in *ChinePlus-Economie Culture Voyages*. Trimestriel, 2006 n°1. p. 24.

investisseurs étrangers ou par tout autre moyen ou qu'une concentration qui implique la participation d'investisseurs étrangers affecte la sécurité nationale, un examen de ses effets sous cet angle est conduit en application des dispositions en cause, en plus de celui qui est effectué en vertu de la présente loi.

Force est de noter que l'examen des effets des concentrations sur la sécurité nationale n'est plus une question de concurrence sous l'angle de la politique de concurrence, mais plutôt de nature de la politique d'Etat. Donc, ce sujet ne saurait tomber dans la compétence de l'autorité qualifiée pour la concentration, qui ne peut examiner que les effets anticoncurrentiels de l'opération concernée. A l'égard de l'autorité et de la procédure de l'examen des effets sur la sécurité nationale, les systèmes des Etats-Unis et de l'Australie se placeront au premier rang des sources d'inspiration du Gouvernement chinois dans l'affaire *Unocal* en 2005 et l'affaire CHINACO/Rio Tinto Group en 2009.

Section 2 Procédure et remèdes pour le contrôle des concentrations

628. L'application efficace et la réalisation des objectifs de la Loi antimonopole est assurée par la procédure rigoureuse de l'application de la loi (§1), qui se termine en décision soit positive, soit négative pour une opération de concentration et en remède pour la structure du marché (§2).

§1. La procédure du contrôle des concentrations

629. La procédure du contrôle des concentrations de Chine⁸⁰⁸, à l'instar des expériences américaines et européennes, impose elle aussi l'obligation de notification préalable aux parties en cause, avant leur opération de concentration (I), confiée à la DAM les deux relais de phase I à phase II pour examiner le projet notifié de l'opération de concentration (II).

I. La notification préalable

630. La notification préalable de l'opération d'une concentration contrôlable est une obligation pour les entreprises concernées. Dans le processus d'informer

⁸⁰⁸ Voir l'ANNEXE IV (tableau 2) : Processus du contrôle des concentrations des entreprises de la Direction antimonopole du Ministère du Commerce de la Chine.

préalablement l'autorité compétente du projet d'opération de concentration, la personne habilitée à déposer la notification doit se munir de tous les documents nécessaires (A). En cas d'absence des documents nécessaires, il lui est demandé de les compléter. Elle peut aussi rétracter sa notification (B).

A. Notifications et autres documents

1. Personnes habilitées à déposer des notifications

631. «La notification est l'acte par lequel les entreprises concernées informent officiellement l'autorité de concurrence de leur projet de concentration.»⁸⁰⁹ Il s'agit d'une obligation lors des seuils atteints par les entreprises à l'opération de concentration, sans l'exécution de laquelle l'autorité compétente du contrôle des concentrations peut interdire l'opération projetée, conformément à l'article 21 de la Loi antimonopole de 2007. Les entreprises qui se dérobent à cette obligation encourent une sanction selon l'article 48 de la Loi précitée, ce qui rend d'autant plus cruciale la clarté de règles leur permettant de s'assurer qu'elles sont dans la situation les y contraignant. A cet effet, la DAM est habilitée à adopter des règles détaillées concernant le mise en œuvre de l'obligation de notification préalable⁸¹⁰, conformément aux modalités de l'exercice des compétences de la Commission antimonopole de Chine⁸¹¹.

632. L'obligation de notification repose sur l'entreprise ou l'acteur économique qui acquiert le contrôle.

L'article 9 des Lignes directrices du 21 novembre 2009 sur la notifications de la concentration dispose que dans le cas de fusion, la partie fusionnée et la partie absorbante sont tenues toutes deux de notifier conjointement leur projet de concentration ; dans les autres cas de concentration, la notification doit être présentée par la partie qui acquerra le pouvoir de contrôle ou qui accordera à une ou plusieurs entreprises une influence déterminante sur une ou plusieurs autres, une influence de nature à diriger ou même à orienter la gestion ou le fonctionnement d'une ou plusieurs autres, les autres parties concernées jouant un rôle secondaire de coopération. Le rôle secondaire de coopération apparaît en particulier dans le cas de

⁸⁰⁹ Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stephane Payet, *Droit de la concurrence, op.cit.* p. 310.

⁸¹⁰ Avis directifs de la Direction antimonopole sur la notification des concentrations entre opérateurs du 5 janvier 2009, Avis directifs de la Direction antimonopole sur les dossiers de la notification des concentrations entre investisseurs du 5 janvier 2009, et Lignes directrices de la Direction antimonopole du 21 novembre 2009 sur la notification des concentrations des opérateurs au regard du règlement de la Commission antimonopole relatif aux critères de la notification des concentrations entre opérateurs du 3 août 2008.

rachat malveillant d'une société cotée en Bourse, dans lequel la partie notifiante qui ne possède pas les informations sur les autres parties concernées, ces autres parties doivent coopérer pour fournir les informations qu'elles détiennent à l'autorité compétente.

Dans le cas où la partie notifiante se dégage de l'obligation de notification préalable, d'autres parties concernées peuvent présenter la notification préalable à la DAM. Dans le souci d'éviter l'illégalité d'une concentration due à non-notification par omission de la partie notifiante, la DAM permet aux autres parties qui n'ont pas l'obligation de présenter la notification de concentration d'entamer *motu proprio* la procédure de notification.

La démarche de notification peut être effectuée soit par la partie notifiante elle-même, soit par un mandataire. Lorsque la notification est déposée et signée par un mandataire, celui-ci doit prouver par un écrit son pouvoir de représentation ou de mandat. Dans le cas où la notification préalable a trait au bureau de représentation en Chine d'un cabinet d'avocats étrangers, aux questions sur la mandature d'un avocat étranger, sont applicables le Règlement du CAE relatif à l'administration des bureaux de représentation en Chine des cabinets d'avocats étrangers, et le Règlement du Ministère de la justice concernant l'application du Règlement de CAE relatif à l'administration des bureaux de représentation en Chine des cabinets d'avocats étrangers.

D'ailleurs, les Lignes directrices du 21 novembre 2009 sur la notification de la concentration prévoit la notification facultative aux parties concernées d'une concentration qui n'atteint pas les seuils de notification obligatoire⁸¹². La notification facultative ne produit aucun effet de suspension, pourtant, les parties qui présentent la notification à la DAM doivent assumer l'effet juridique de cette notification, car après le dépôt de la notification, c'est la DAM qui décide de la nécessité d'entamer la procédure de l'examen de l'opération notifiée qui aboutit à la décision soit en autorisation soit en interdiction.

2. Réunion en prénotification et dossiers à joindre à la notification

1) Réunion en prénotification

⁸¹¹ L'article 9 de la Loi antimonopole de 2007.

⁸¹² L'article 16 des Lignes directrices sur la notification des concentrations.

633. Avant la notification officielle d'une concentration, les parties concernées par une opération sont souvent incertaines quant à la nécessité de la notification préalable, des points détaillés de la démarche de notification. Par souci de clarté, de prévisibilité et de sécurité juridique, la DAM offre une occasion aux opérateurs économiques de la concentration d'obtenir auprès de la DAM des renseignements nécessaires sur la notification préalable. En 2008, elle a publié ses Règles sur la mise en réunion entre les opérateurs de concentration et la DAM, avant la notification préalable de la concentration ; celles-ci sont devenues finalement l'article 8 des Lignes directrices sur la notification de la concentration du 21 novembre 2009 et l'article 1 des «Avis directifs de la Direction antimonopole sur les dossiers de la notification de la concentration entre opérateurs » du 5 janvier 2009.

Conformément à ces deux articles, avant de notifier officiellement une opération de concentration à la DAM, les opérateurs de la concentration peuvent lui demander de leur accorder une rencontre afin de se renseigner auprès de celle-ci sur des questions pertinentes à la notification préalable. La rencontre est tenue sous quelques conditions : la première, les opérateurs doivent déposer leur demande de la rencontre avec la DAM par écrit, et prendre rendez-vous pour fixer la date de la réunion. La deuxième, la demande par écrit doit comprendre des informations sur les parties concernées, l'objet de la demande, l'opération projetée, les questions à poser ainsi que les informations de communication. La troisième, les opérateurs doivent fournir à la DAM des documents et dossiers nécessaires, annexes à la demande, par écrit concernant l'opération de concentration projetée.

Ces contacts établis dans la phase de prénotification sont particulièrement utiles pour permettre aux parties notifiantes et à la DAM de déterminer avec précision la quantité d'informations à fournir dans la notification et ont pour effet, dans la plupart des cas, de réduire sensiblement les informations requises. On ne peut pas nier que cette méthode est une inspiration directe du droit européen de la concentration. *« Cette phase informelle existe aussi bien au niveau communautaire européen que français. La pratique, voire 'Les bonnes pratiques'⁸¹³, incite à contacter l'autorité de contrôle dans les 2 semaines précédant la notification formelle. A cette occasion, les questions*

⁸¹³ DG Competition's Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings. (Meilleures pratiques sur le déroulement de la procédure de contrôle), texte communautaire de soft law publié en même temps que le Règlement communautaire du 20 janvier 2004 du contrôle des concentrations (n°139/2004).

d'articulation avec les autorités communautaires, les points de difficulté, les premières informations pertinentes sur les marchés peuvent être échangées.»⁸¹⁴

2) Documents à joindre à la notification

634. Les Lignes directrices du 21 novembre 2009 sur la notification de la concentration des opérateurs distinguent les documents obligatoires⁸¹⁵ des documents facultatifs⁸¹⁶. Les parties qui ont déposé tous les documents prescrits par l'article 10 sont censées avoir rempli leur obligation de notification préalable.

Selon l'article 10 des dites lignes directrices, les parties notifiantes doivent transmettre les documents suivants :

- formulaire relatif à la notification d'une concentration, qui contient les informations sur les parties, telles que le nom, l'adresse, la nature de l'activité des entreprises concernées, la date prévisible de la concentration à opérer, ainsi que des documents annexes pour prouver toutes ces informations. Lorsque les parties notifiantes sont étrangères, les actes notariés justifiant leur identité sont exigés. Lorsque les notifications sont signées par des mandataires d'entreprises, ceux-ci doivent apporter la preuve écrite et signée par la partie notifiante qu'ils sont dûment mandatés;
- renseignements concernant l'effet de la concentration sur la concurrence dans le marché pertinent, tels que la nature de la concentration, la définition du marché pertinent, les parts de marché des parties en cause, le pouvoir de contrôle du marché, le degré de concentration du marché, les chiffres d'affaires des concurrents principaux, l'entrée sur le marché, l'impact envisagé de la concentration sur la structure du marché, sur le développement sectoriel et technologique, sur le progrès de l'économie nationale, sur les intérêts des consommateurs et d'autres acteurs économiques, ainsi que le fondement de l'évaluation de l'effet anticoncurrentiel de concentration sur le marché, etc.;
- documents constitutifs de la concentration, qu'il s'agisse d'un accord sous toutes sortes de forme entre les parties à la concentration, tels qu'un contrat, une convention, un protocole d'accord ou d'autres documents qui peuvent justifier l'existence d'un accord de la concentration projetée, etc. ;
- des rapports et comptes annuels les plus récents de toutes les participants à la

⁸¹⁴ Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stephane Payet, *op.cit.* p.308.

⁸¹⁵ L'article 10 des Lignes directrices sur la notification des concentrations.

⁸¹⁶ L'article 11 des Lignes directrices sur la notification des concentrations.

concentration ; et

- d'autres documents exigés par le MOC en fonction des spécificités de l'affaire.

D'ailleurs, ces documents doivent être préparés en deux versions, à savoir la version ordinaire et la version confidentielle. Quoique le principe de confidentialité s'applique aux parties en cause pour garantir la confidentialité, la version ordinaire doit contenir toutes les informations nécessaires pour que les parties tierces puissent faire leur appréciation rationnelle de l'impact concurrentiel de la concentration entre les parties en cause. La notification doit être présentée dans la langue officielle de l'Etat chinois, à savoir, le chinois *Pu Tong Hua*. S'agissant des documents annexes en langue étrangère, l'origine des documents en langue étrangère et la version de traduction chinoise sont exigées.⁸¹⁷

635. Aucune disposition chinoise ne fixe expressivement le moment où les parties notifiantes doivent présenter la notification préalable. Pourtant, de l'exigence des documents fournis à fin de la notification, qui comprennent l'accord sous toutes sortes de forme entre les parties à la concentration, y compris un contrat, une concentration ou d'autres documents qui peuvent justifier l'existence d'un accord de la concentration projetée, on peut déduire qu'il y a lieu d'obliger les entreprises à notifier préalablement leurs concentrations après la conclusion de l'accord, l'annonce de l'offre publique d'achat, l'acquisition d'une participation de contrôle. Comme en droit européen en matière de concentration, la notification devrait être possible lorsque les entreprises concernées assurent la DAM de leur intention de conclure un accord pour une proposition de concentration et lui apportent la preuve que leur projet relatif à cette concentration est suffisamment concret, en lui présentant par exemple un accord de principe, un protocole d'accord ou une lettre d'intention signée par toutes les entreprises concernées.

B. Complément et rétractation de la notification

1. Complément à la notification

636. Il appartient aux parties notifiantes de révéler à la DAM de manière véridique et complète les faits et circonstances qui sont pertinents pour la décision à prendre sur la concentration notifiée.

⁸¹⁷ Les articles 10 et 11 des Avis directifs de la Direction antimonopole sur les dossiers de la notification des concentrations entre opérateurs du 5 janvier 2009.

Ainsi, au regard de l'article 24 de la Loi antimonopole de 2007, l'article 6 des Avis directifs sur les dossiers de la notification de la concentration entre opérateurs du 5 janvier 2009 et l'article 13 des Lignes directrices sur la notification de la concentration de 11 novembre 2009 accordent aux parties notifiantes l'occasion de compléter ou modifier les dossiers dans le délai fixé par la DAM tout en donnant une explication ou un éclaircissement de cette insuffisance lorsque les documents fournis sont incomplets ou inexacts. Si dans le délai fixé par la DAM pour compléter les dossiers, les parties notifiantes ne fournissent, ni explication, ni modification, l'opération de la concentration en cause sera considérée comme non-notifiée.

Les notifications prennent effet à la date à laquelle elles sont reçues par la DAM. Si la DAM constate que les informations figurant dans la notification ou dans les documents annexes sont incomplètes sur un point essentiel, elle en informe sans délai et par écrit les parties notifiantes ou leurs représentants ou mandataires en leur fixant un délai pour compléter les dossiers. Dans ce cas, la notification prend effet à la date où la DAM reçoit les informations complètes.

Le délai pour compléter les dossiers est fixé par la DAM en fonction des spécialités de chaque affaire.

Compte tenu des ressources humaines relativement limitées et de la tâche lourde du contrôle des concentrations et afin de garantir l'efficacité du travail de la DAM, il est essentiel que la DAM reçoive, en temps utile, les informations nécessaires pour mener l'enquête requise et évaluer l'impact de la concentration en cause sur les marchés concernés. Les informations doivent pour cela être fournies lors de la notification de manière sérieuse et diligente par les parties notifiantes.

2. Rétractation de la notification

637. L'article 3 des Lignes directrices dispose qu'après le déclenchement de la procédure de l'examen de l'opération de concentration et avant que la DAM prenne sa décision finale, les parties notifiantes qui veulent rétracter la notification doivent déposer la demande par écrit avec l'éclaircissement de la raison de cette rétractation auprès de la DAM. Il appartient à la DAM de décider si la notification doit être rétractée, sauf dans le cas de renonciation à l'opération de concentration par les parties concernées.

Il y a deux raisons principales pour lesquelles les parties notifiantes rétractent leur notification de la concentration pendant l'enquête menée par l'autorité compétente.

La première est que les parties concernées abandonnent leur projet de concentration. Dans ce cas-là, la rétractation de la notification se fait automatiquement par le dépôt d'une explication par écrit de la raison de la rétractation, sans l'accord de la DAM. La deuxième est que le changement a lieu de manière significative dans le projet de la concentration. Ce changement significatif rend l'opération projetée non-conforme aux critères d'une concentration contrôlable. La demande de rétractation de la notification dans ce cas doit être soumise à l'examen et à l'accord du MOC.

L'accord du MOC à la rétractation de la notification ne doit pas être considéré comme l'autorisation du MOC à la concentration. Toutes les concentrations qui atteignent les seuils de chiffre d'affaires fixés par la Commission antimonopole ne doivent être effectuées qu'avec l'autorisation de la DAM.

II. Une procédure en deux temps

638. Soucieux de l'efficacité du mécanisme de contrôle des concentrations, le législateur chinois a conçu une procédure en deux phases comme dans le système européen de la concentration. Nous sommes invités à jeter un regard successivement à la phase I (A) et la phase II (B).

A. Procédure de phase I

1. Examen de l'intégralité des documents

639. Tout au long de l'enquête menée par la DAM, celle-ci a les pouvoirs de deux ordres, à savoir, le pouvoir de demander des renseignements et celui d'entreprendre des vérifications.

Avant l'engagement de la procédure de contrôle des concentrations, la DAM doit d'abord examiner les documents de la notification pour vérifier l'intégralité des documents conformément à l'article 24 de la Loi antimonopole de 2007 et aux articles 10, 12 et 13 des Lignes directrices sur la notification de 2009. Si la notification est incomplète, la DAM en informe les parties notifiantes sans délai en leur fixant un délai raisonnable pour compléter les documents en fonction des spécialités de chaque affaire.

Toutes les indisponibilités à fournir les documents manquants doivent être accompagnées d'une explication convaincante. Les documents incomplets dans le délai fixé par la DAM signifient la non-notification d'une opération de concentration. La procédure de contrôle des concentrations ne commence qu'à partir du jour qui suit la réception de la notification complète de l'opération.

A la différence du droit européen, au lieu de subir une sanction, les parties notifiantes qui ont fourni des informations mensongères ou dissimulées, de propos délibéré, des informations vitales verront le non-déclenchement de la procédure du contrôle des concentrations⁸¹⁸.

2. *Le délai de première phase et ses effets*

640. L'article 25 de la Loi antimonopole de 2007 est consacré à la procédure de la première phase. Conformément à cet article, l'autorité compétente du contrôle des concentrations procède à l'examen de la notification dès la réception des documents complets relatifs à la concentration en regard de l'article 23 de la loi précitée. La DAM dispose de 30 jours à compter du jour qui suit la réception de la notification complète. Dans le cas de documents incomplets, le délai de la procédure court du lendemain du jour où la DAM a reçu les renseignements manquants.

A l'issue de ce délai, l'enquête menée par la DAM est susceptible de deux effets : soit la DAM décide qu'il y a lieu d'engager une procédure plus approfondie, elle le constate et en informe les entreprises participantes à la concentration par voie de décision par écrit, l'opération de la concentration devant être suspendue pendant ce temps; soit elle décide de ne pas entreprendre un examen plus approfondi ou elle mène une enquête sans suites dans le délai de 30 jours.

Dans cette dernière hypothèse, la décision de non procédure approfondie et la réticence de la DAM dans le délai prescrit par la loi ont l'effet de l'autorisation de la concentration, et les opérateurs concernés peuvent mettre en œuvre leur projet de concentration.

Par rapport au délai de la Commission européenne de 25 jours ouvrables, le délai chinois de 30 jours est ambigu, car aucune disposition n'explique qu'il s'agit de 30 jours ouvrables ou de 30 jours successifs (y compris les jours fériés). De toute façon, cela constitue un véritable sujet à discuter pendant la conférence en pré-notification.

B. Procédure de phase II

1. *Le délai et la prorogation de délai*

1) Délai de la procédure approfondie

⁸¹⁸ L'article 15 des Lignes directrices sur la notification de 2009.

641. La DAM se voit octroyer un délai de 90 jours pour rendre sa décision finale qui doit être transmise aux parties notifiantes par écrit sans délai.⁸¹⁹ La décision ou l'interdiction doit être motivée.

Comme le font les autorités compétentes européennes ou américaines, à ce stade de procédure, l'autorité compétente chinoise peut présenter son désaccord à la concentration notifiée en raison de l'effet anticoncurrentiel de l'opération projetée. Ces avis de désaccord doivent être transmis par écrit aux opérateurs de la concentration.⁸²⁰

L'enquête menée dans cette procédure est axée sur les éléments prescrits par l'article 27 de la Loi antimonopole de 2007, à savoir, la part de marché des parties à l'opération et leur pouvoir de contrôle sur le marché pertinent, le degré de concentration du marché pertinent, l'impact sur les conditions de l'accès du marché et sur le progrès technologique, l'impact sur les consommateurs et les autres acteurs économiques, l'impact sur le développement de l'économie nationale ; et tout autre facteur identifié par l'autorité compétente comme affectant la concurrence sur le marché.

Dans l'hypothèse où la DAM n'aurait pas pris de décision dans le délai qui lui est imparti, la concentration notifiée sera automatiquement réputée autorisée par la DAM, les entreprises parties pourront mettre en œuvre leur projet de concentration.⁸²¹

2) La prorogation du délai

642. En effet, à ce stade de la procédure, les parties en cause peuvent toujours proposer des aménagements permettant d'éviter une décision finale négative. Elles ont 90 jours pour le faire, à compter de la date d'engagement de la procédure approfondie. Passé ce délai, elles sont toujours autorisées à le faire, pourtant, sous quelques conditions.

L'article 26 .2 de la Loi antimonopole dispose que l'autorité compétente peut proroger de 60 jours le délai fixé par le même article, qui est de 90 jours en adressant un préavis écrit aux opérateurs concernés lorsque :

- les opérateurs se mettent d'accord pour une telle prorogation ;
- les documents déposés par les parties notifiantes sont imprécis ou inexacts et

⁸¹⁹ L'article 26 de la Loi antimonopole de 2007.

⁸²⁰ L'article 10 des Lignes directrices de la Direction antimonopole du 24 novembre 2009 sur l'examen de la notification des concentrations des opérateurs au regard de la Directive de la Commission antimonopole relative au contrôle des concentrations entre entreprises du 05 janvier 2009

⁸²¹ L'article 26.3 de la Loi antimonopole de 2007.

nécessitent de plus amples vérifications ; ou

- un changement substantiel des conditions de l'opération s'est produit après la notification.

On voit, ici, une illustration du fait que l'autorité compétente, la DAM, « *est moins là pour sanctionner que pour surveiller et impulser un changement comportemental des entreprises* »⁸²², comme Madame TERCINET commente le rôle de la Commission européenne dans la procédure du contrôle des concentrations entreprises dans l'Union européenne.

2. Droits reconnus aux entreprises concernées par la concentration

1) Les droits reconnus aux parties à l'opération

643. Les droits reconnus aux entreprises concernées par une concentration dans la procédure du contrôle résident dans l'obligation pour l'autorité compétente de rendre une décision finale objective, impartiale et équitable. Ces droits sont prescrits dans les Lignes directrices sur l'examen de la notification de novembre 2009. Ils sont au nombre de quatre.

Le droit d'être entendu : en principe, à tout stade de la procédure jusqu'à l'adoption de la décision finale, les opérateurs à la concentration peuvent faire connaître leur point de vue. Pourtant, l'article 10 desdites lignes directrices confère à la DAM le pouvoir de fixer un délai raisonnable aux opérateurs à la concentration pour présenter leur observation écrite. Si dans ce délai, les opérateurs ne présentent pas leur point de vue par écrit, le désaccord de la DAM à la concentration est réputé comme accepté par les opérateurs. Lors de l'audition, les parties à l'opération peuvent être représentées par un mandataire ou être assistées par un avocat.

Ce droit est fondamentalement lié au principe du contradictoire. Ainsi la DAM ne peut fonder sa décision que sur des motifs sur lesquels les parties ont pu faire connaître leurs objections.

Le droit à la préservation de leurs informations confidentielles : à la différence du droit européen qui distingue entre le secret d'affaires et le document confidentiel⁸²³, le droit chinois traite cette question de manière très simple, en

⁸²² Anne TERCINET, *Droit européen de la concurrence : Opportunités et menaces*, op.cit. p.349.

⁸²³ Communication de la Commission européenne du 23 janvier 1997 relative aux règles de procédure interne pour le traitement des demandes d'accès au dossier dans les cas d'application des art.85 et 86 Traité CE, des art.65 et 66 Traité CECA et du Règlement CE n°4064/89 du Conseil. JOCE, C 23, 23.1.1997, p.3 et s. le secret d'affaires n'est pas divulgable, s'il émane d'une entreprise à l'opération, alors que le document confidentiel

indiquant que les parties notifiantes doivent présenter une version confidentielle de la notification à côté de la version ordinaire⁸²⁴ et que lors de l'audience, pour raison de garder le secret des affaires, une audience particulière sera tenue à huis clos pour que la partie intéressée puisse présenter ses avis seule à seule avec la DAM⁸²⁵.

Le droit d'être informé : ce droit se traduit par le fait que toutes les constatations et les décisions de la DAM sur la notification, dans la procédure approfondie doivent être transmises par écrit aux parties notifiantes⁸²⁶.

Le droit de recours : selon l'article 53 de la Loi antimonopole de 2007, lorsque les opérateurs de la concentration refusent d'accepter la décision rendue par la DAM, ils doivent d'abord disposer d'un recours administratif auprès de l'organe supérieur. Faute d'obtenir la satisfaction de la décision issue du recours administratif, ils peuvent ensuite intenter une action administrative devant la Juridiction compétente.

Force est de noter que le droit d'accès au dossier qui est lié étroitement au respect des informations confidentielles est en principe ouvert aux parties directement intéressées. Mais, malheureusement, aucune disposition à l'égard de la procédure du contrôle des concentrations n'a trait au droit d'accès au dossier à l'heure actuelle.

2) Les droits reconnus aux tiers

644. Le terme 'tiers' n'existe ni dans la Loi antimonopole, ni dans les règlements de concentration. Cependant, l'article 6 des Lignes directrices sur l'examen de la notification en novembre 2009 dispose que le Ministère du Commerce peut recueillir les points de vue provenant de l'administration gouvernementale, des associations sectorielles, des acteurs économiques concurrents ou non, des consommateurs. Puisque toutes ces personnes physiques ou morales ne sont ni les parties notifiantes, ni les autres parties intéressées à la concentration, dans le souci de la clarté d'interprétation, il est utile que le terme 'tiers' s'emploie pour les englober.

Les droits des tiers dans la procédure chinoise du contrôle des concentrations ne se présentent que par le droit d'être entendu. Selon l'article 7 des Lignes directrices sur l'examen de la notification, le Ministère du Commerce peut, au besoin, convoquer *motu proprio* ou à la demande des tiers une audience pour recueillir les points de vue

l'est. Mais la divulgation n'est pas systématique : « En principe, le caractère confidentiel des documents n'empêche pas leur divulgation, lorsque les informations en questions sont nécessaires pour prouver une infraction alléguée, ou s'il s'agit de pièce informant ou contredisant la thèse exposée par la Commission dans sa communication des griefs. »

⁸²⁴ L'article 12.2 des Lignes directrices sur la notification en novembre 2009.

⁸²⁵ L'article 7.4 des Lignes directrices sur l'examen de la notification.

des tiers, entamer l'enquête et procurer les pièces à conviction. Tous les tiers assistant à l'audience doivent présenter leurs observations écrites au MOC avant l'audience⁸²⁷.

Il y a lieu de révéler que l'introduction de l'audience pour les tiers en Chine n'a pas une nature de juridictionnalisation du contrôle des concentrations comme c'est le cas dans l'Union européenne. En Europe, « *une évolution plus récente, nettement perceptible dans le Règlement communautaire du 7 avril 2004⁸²⁸ et dans la loi française NRE du 15 mai 2001, donne une place grandissante aux entreprises tiers, dont la situation est affectée par la concentration. Leur insertion dans la procédure les autorise notamment à développer les raisons pour lesquelles il ne faudrait pas que l'autorité de contrôle admette la concentration. Cette évolution permet à l'autorité de contrôle d'être mieux éclairée, selon la vertu heuristique du contradictoire, le tiers cherchant à détruire l'argumentaire proposé par l'auteur de la notification. Le même principe justifie que les tiers puissent attaquer la décision administrative devant la juridiction de recours. La procédure de contrôle se transforme alors de fait en un procès entre l'auteur de la notification et les concurrents, dispute dont l'autorité de contrôle est l'arbitre. Cette juridictionnalisation, tout d'abord sur un mode gracieux, puis sur un mode quasi-contentieux, conduit à appliquer pleinement les garanties de procédure, à préserver les droits de la défense, à organiser des débats, à rendre le plus transparent et public possible le cheminement de la prise de décision.* »⁸²⁹

645. Mais, en Chine, le principe du contradictoire n'est pas introduit dans la procédure de l'audience⁸³⁰. Il n'y aura pas de débat entre les entreprises participant à la concentration et les parties tiers affectées par la concurrence. D'ailleurs, le législateur chinois n'a pas non plus conféré de droits de recours aux tiers auprès de la juridiction en matière du contrôle des concentrations. La jeunesse de la législation et de l'autorité compétente de contrôle devant la lourdeur du contrôle des concentrations justifie le *statu quo* de l'application de la Loi antimonopole en Chine. On espère que l'évolution des textes et des pratiques ajusteront au mieux les mécanismes de la procédure en deux phases.

⁸²⁶ L'article 26 de la Loi antimonopole, l'article 14 des Lignes directrice sur la notification, les articles 9 10, 14 des Lignes directrices sur l'examen de la notification.

⁸²⁷ Les articles 8, 9 des Lignes directrices sur l'examen de la notification.

⁸²⁸ Règlement n°802/2004 du contrôle des concentrations entre entreprises.

⁸²⁹ Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stephane Payet, op.cit.p.310.

⁸³⁰ L'article 8 des Lignes directrices sur l'examen de la notification en novembre 2009.

§2. *Les décisions et les remèdes*

646. Les décisions de l'autorité compétente marquent la fin de la procédure du contrôle des concentrations entre entreprises (**I**), tandis que les remèdes marquent la portée de l'existence du contrôle des concentrations pour le bon fonctionnement du marché (**II**). Tous les deux méritent l'attention des chercheurs dans le domaine du droit de la concurrence.

I. Décisions de l'autorité compétente du contrôle des concentrations

647. Les décisions de l'autorité compétente concernant une opération de concentration entre entreprises ne peuvent être classées que dans deux catégories, à savoir, l'autorisation (**A**) et l'interdiction (**B**).

A. Autorisations de l'opération

1. Autorisations complètes

648. L'autorité compétente du contrôle peut adopter la décision d'autorisation dans chaque phase de la procédure.

Dans la première phase de la procédure, le but principal de l'examen entamé par la DAM est de savoir si la procédure doit être approfondie en raison de l'effet de la concentration sur le marché. Lorsque après un premier examen, la concentration notifiée ne pose pas de problème justifiant de continuer d'exposer les entreprises à la procédure, cette phase I peut se conclure par une décision de ne pas procéder à la procédure approfondie. Cette décision est en effet une acceptation ou une autorisation complète de l'opération de concentration projetée de la part du gouvernement.

En revanche, si des risques d'affectation de la concurrence apparaissent lors de ce premier examen, l'autorité compétente du contrôle passera en procédure phase II. Après une enquête approfondie d'un délai de 90 jours, ou au maximum de 150 jours au cas exceptionnel de prorogation, si la concentration notifiée est trouvée saine ou sans effet négatif à la concurrence sur le marché, une décision d'autorisation complète sera adoptée par la DAM⁸³¹. En réalité, la plupart des décisions de la DAM face aux notifications de concentration sont celles d'autorisation complète.

2. Autorisations sous conditions : les engagements des opérateurs

⁸³¹ Les articles 25, 26 de la Loi antimonopole de 2007 et l'article 14 des Lignes directrices sur l'examen de la notification de 2009.

649. L'autorité compétente du contrôle n'adopte sa décision d'autorisation sous condition que dans la phase II de la procédure, lorsque la concentration notifiée est réputée susceptible de produire l'effet anticoncurrentiel sur le marché pertinent, mais que cet effet anticoncurrentiel pourrait être corrigé et le dégât structurel de la concentration sur le marché pertinent pourrait être restauré si les entreprises en cause veulent s'engager à réparer.

S'agissant de l'engagement des entreprises participantes à la concentration, les Lignes directrices sur l'examen de la notification du 21 novembre 2009 consacrent plusieurs articles à sa nature, ses formes et sa modification.

En vertu de l'article 11 desdites lignes directrices, si l'autorité du contrôle constate au cours de l'examen, que la concentration soulève des doutes sérieux quant à son effet sur la concurrence sur le marché pertinent, les entreprises parties à la concentration notifiée peuvent apporter des modifications à leur projet de concentration afin de supprimer ou réduire l'effet anticoncurrentiel de la concentration sur le marché. Ces modifications ou engagements se classent en trois catégories :

- modifications structurelles : céder partiellement les actifs ou les activités des entreprises parties à la concentration en cause ;
- engagements comportementaux : ouvrir leurs facilités d'infrastructure ou réseaux commerciaux, transférer la licence de leurs techniques de pointe (y compris le brevet, le savoir faire et d'autres propriétés intellectuelles), mettre fin aux accords d'exclusivité, etc. ;
- engagements combinés structurels et comportementaux.

Cependant, l'autorité compétente du contrôle n'accepte ces engagements que lorsqu'ils répondent aux conditions prescrites par l'article 12 desdites lignes directrices. Premièrement, ces engagements doivent pouvoir supprimer ou réduire l'effet de la concentration susceptible d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché. Deuxièmement, ces engagements doivent être faisables et praticables. Troisièmement, la version écrite de ces engagements doit être précise, exacte, claire pour que l'évaluation de la faisabilité et l'effectivité de ces engagements soit faite de manière objective et effective.

650. La négociation est permise entre les entreprises participantes à la concentration et l'autorité compétente à l'égard des engagements des parties en cause pendant la procédure du contrôle⁸³².

Dans l'affaire *Wyeth/Pfizer*, la procédure approfondie entamée par la DAM révèle l'effet anticoncurrentiel de l'opération. Après plusieurs reprises de négociation entre les parties en cause et l'autorité compétente, la concentration notifiée est autorisée sous condition des engagements structurels proposés par *Pfizer*.

Dans l'autre affaire, le rachat de *Anheuser-Busch Companies Inc* (ci-après 'AB') par *Inbev N.V./S.A.*⁸³³, après plus de 60 jours d'enquête (du 10 septembre au 18 novembre 2008), la DAM constate que la concentration notifiée soulève un grand doute sur l'effet anticoncurrentiel sur le marché chinois de la bière. Pour réduire l'effet susceptible de restreindre ou d'éliminer la concurrence sur le marché de la bière, l'entreprise *Inbev N.V. /S.A.* s'engage de ne pas augmenter la détention actuelle (déjà 27%) des actions de *l'Usine Tsindao Bière* par l'entreprise AB ; de ne pas augmenter sa détention actuelle (déjà 28.56%) des actions de la *SARL Zhujiang Bière*, et de ne pas chercher à détenir les actions de la société *Huarun Bière* et de la société *Beijing Yanjin Bière*. Ce sont typiquement des remèdes comportementaux. Finalement, la concentration notifiée est autorisée sous réserve de ces engagements.

L'affaire *Sanyo Electric Co.ltd/ Panasonic*⁸³⁴, l'affaire de l'acquisition de la *Companie Delphi par le General Motors*⁸³⁵ (n°76) et l'affaire de l'acquisition de *Lucite International Chemical Industry* par la Société *Mitsubishi Rayon Co.Ltd.* pour un prix de 1.62 milliard d'US dollars⁸³⁶ sont toutes autorisées sous réserve d'engagements combinés structurels et comportementaux.

L'exécution des engagements par les entreprises participant à la concentration après l'autorisation sous condition est soumise au contrôle de surveillance de la DAM. Les entreprises participant à la concentration doivent régulièrement rendre rapport de leur exécution des engagements à la DAM. Le non-respect d'engagements

⁸³² L'article 13 des Lignes directrices sur l'examen de la notification.

⁸³³ JO du MOC n°95/2008, l'affaire *Anheuser-Busch Companies Inc / Inbev N.V./S.A. V. aussi*, Qingxiu BU, *Anheuser-Busch/Inbev: the legal implication under the AML 2008*, in *European Competition Law Review*, volume 31, 2010, p.239.

⁸³⁴ JO du MOC, n°82/2009, l'affaire *Sanyo Electric Co.ltd/ Panasonic*.

⁸³⁵ JO du MOC, n°76/2009, l'affaire *Delphi / General Motors*.

⁸³⁶ JO du MOC, n°28/2009, l'affaire *Lucite / Mitsubishi Rayon*.

procurera pour son auteur une sanction au regard des dispositions de la Loi antimonopole.⁸³⁷

B. Interdictions

1. Interdictions totales

651. La décision d'interdiction n'apparaît jamais dans la première phase de la procédure. Après l'examen approfondi dans la phase II, si la concentration notifiée est réputée susceptible de produire l'effet négatif de restreindre la concurrence sur le marché, elle subira la décision d'interdiction de la part de la DAM.

Au 18 mars 2009, la DAM du Ministère du Commerce a adopté sa première décision d'interdiction totale dans l'affaire *Huiyuan Juice/Coca Cola*, un projet de rachat de *Huiyuan Juice Groupe* par le Groupe *Coca-Cola*- qui a été interdite.⁸³⁸

Coca Cola Chine présente au MOC le 18 septembre 2008 sa notification de l'acquisition du *Groupe Huiyuan Juice* pour 2.4 milliard US dollars, qui est le plus grand fournisseur dans le secteur de boisson de jus des fruits au niveau national et dont la marque '*Huiyuan*' est la marque la plus renommée parmi les produits de boisson de jus des fruits en Chine. A la demande du MOC, *Coca Cola Chine* a procédé à la rectification de sa notification à plusieurs reprises. Le 20 novembre 2008, le MOC informe *Coca Cola* de l'ouverture de la procédure du contrôle des concentrations puisque le projet notifié a atteint les seuils fixés par l'article 23 de la Loi antimonopole. A la fin de la première phase de la procédure d'un délai de 30 jours, le MOC informe de nouveau *Coca Cola* par écrit de sa décision d'entamer la procédure approfondie en raison de la grande envergure et de l'influence complexe de la concentration projetée par *Coca Cola* sur le marché chinois. Pendant la deuxième phase de la procédure, la DAM a évalué toutes les influences que la concentration projetée a produites. Au 20 mars 2009, la DAM a adopté sa décision finale en interdiction totale de la concentration entre *Huiyuan Juice* et *Coca Cola*.

Dans cette affaire, le MOC effectuait un examen sur six points de la concentration notifiée conformément à l'article 27 de la Loi antimonopole : la part de marché des deux parties à la concentration et leur pouvoir sur le marché pertinent, le degré de concentration du marché pertinent, l'impact sur les conditions d'accès au marché et sur le progrès technologique dans le secteur des boissons, l'impact de la

⁸³⁷ L'article 15 des Lignes directrices sur l'examen de la notification.

⁸³⁸ Le Rapport du MOC de 2009. <http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/zhengcejid/200912/20091206709740.html>

concentration notifiée sur les consommateurs et sur d'autres acteurs économiques dans le secteur des boissons, l'impact sur le développement de l'économie nationale et l'impact de la marque '*Huiyuan*' sur la concurrence sur le marché des boissons de jus des fruits.

Dans la procédure approfondie, la DAM a adopté toutes sortes de moyens pour mener l'enquête sur la concentration notifiée, tels que solliciter des observations écrites de la part des administrations sectorielles pertinentes, des associations sectorielles pertinentes, des entreprises de boissons de jus des fruits, des fournisseurs amont des fruits, des distributeurs aval des jus des fruits, des partenaires chinois du Groupe *Coca Cola*, des deux parties à la concentration et des experts juridiques, économiques et agricoles, convoquer des conférences, des colloques et des audiences assistées par toutes ces personnes morales et physiques, procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises, etc.⁸³⁹

La conclusion basée sur toutes ces enquêtes est que la concentration a l'effet anticoncurrentiel en trois temps sur le marché pertinent :

D'abord, si la concentration notifiée est autorisée, l'entreprise *Coca Cola* est capable de transmettre son pouvoir de position dominante sur le marché des boissons acides au marché des jus de fruits, ce faisant, l'effet d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché des jus de fruits est inévitable et nuira finalement aux intérêts légaux des consommateurs.

Deuxièmement, considérant que la marque est le facteur vital influant la concurrence effective sur un marché, si la concentration notifiée est autorisée, les deux marques les plus prestigieuses chinoises '*Meiwei Huiyuan*' et '*Huiyuan*' seront dans la main de l'entreprise *Coca Cola* qui possède déjà la position dominante sur le marché des boissons acides. Par l'intermédiaire des marques '*Meiwei Huiyuan*' et '*Huiyuan*', l'entreprise *Coca Cola* obtiendra la position dominante sur le marché chinois des jus des fruits. Et la structure du marché chinois des jus des fruits sera déformée de manière significative, la barrière de l'accès à ce marché pour les concurrents potentiels sera élevée.

Troisièmement, la concentration projetée empiétera sur l'espace de survie des petites et moyennes entreprises des jus de fruits, refrénera la capacité d'initiative autonome et de compétitivité des entreprises chinoises dans le secteur des jus de

⁸³⁹ V. la Décision de l'affaire *Huiyuan Juice/Coca Cola*, JO du MOC n°22/2009, 18 mars 2009.

fruits, produira l'effet négatif sur la concurrence effective de ce marché, empêchera le développement durable et de bonne santé du secteur chinois des jus de fruits.

Pour réduire la gravité de ces doutes du MOC, l'entreprise *Coca Cola* a proposé le projet initial et le projet de modification pendant les négociations à plusieurs reprises avec le MOC. Pourtant, après l'évaluation de ces projets, la conclusion du MOC est que tous ces projets n'arrivent pas à réduire l'effet anticoncurrentiel de la concentration sur le marché pertinent. Finalement, le MOC a publié sa décision en interdiction totale à la concentration entre *Huiyuan Juice et Coca Cola*.

II. Les remèdes

652. Lors de l'effet préjudiciable à la structure du marché concurrentiel causé par une concentration entre entreprises, des amendes administratives aux infracteurs sont des procédés nécessaires pour remédier aux erreurs (A). En cas de nécessité, le contrôle judiciaire peut intervenir (B).

A. Amendes aux infractions

1. Des infractions possibles d'amendes

653. L'autorité compétente se voit conférer le pouvoir d'infliger des amendes à ceux qui enfreignent la loi en matière de contrôle des concentrations au sens de l'article 48 de la Loi antimonopole.

Les entreprises parties à la concentration s'exposent au risque d'une amende de 500 000 RMB (approximativement 46000 euros), lorsqu'elles commettent les infractions suivantes :

- réaliser une opération de concentration qui atteint les seuils de notification sans la notifier préalablement à l'autorité compétente ;
- réaliser l'opération de concentration sans attendre l'autorisation de l'autorité compétente, puisque la loi confère à la notification un effet suspensif ;
- réaliser l'opération de concentration sans respecter les engagements qu'elles ont pris pour obtenir l'autorisation sous conditions dans le délai fixé par l'autorité compétente de l'exécution de ces engagements.
- ne pas rectifier dans le délai fixé par l'autorité compétente des informations inexactes, incomplètes ou dénaturées ou omettre ou dissimuler des informations vitales à l'évaluation de l'effet anticoncurrentiel, sans répondre à la demande de l'autorité compétente pour compléter les dossiers.

2. Faible dissuasion des amendes

654. Ces infractions à la loi qui perturbent l'ordre économique et social de manière grave et flagrante font l'objet de sanctions sévères de la part de toutes les autorités compétentes dans tous les pays. Les amendes considérables infligées aux infracteurs ont pour but de dissuader les infractions potentielles.

A titre d'exemple, la Commission européenne peut infliger aux entreprises parties à la concentration, qui n'ont pas respecté le règlement de la concentration des amendes jusqu'à concurrence de 10% du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées. L'autorité allemande peut infliger les amendes aux infracteurs de 500 milles euros.

Par rapport aux expériences étrangères et par rapport à l'envergure de la concentration contrôlable entre les entreprises qui sont souvent des puissances sur le marché pertinent, le montant de 500 mille yuans des amendes chinoises aux infracteurs semble avoir peu de force de dissuasion.

En effet, infliger des amendes aux infracteurs est le moyen le plus efficace et le plus dissuasif, car restaurer la structure du marché dans la situation antérieure à la concentration ou dissoudre la concentration déjà faite ne saurait être réalisé facilement, même si l'autorité compétente s'investit du pouvoir extraordinaire d'ordonner la dissolution de la concentration. La faible force de dissuasion du contrôle des concentrations en Chine fait l'objet de très vives critiques.

B. Contrôle judiciaire

655. En général, lorsque les entreprises en cause ne sont pas d'accord avec la décision adoptée par l'autorité compétente de concentration, elles peuvent choisir un des deux recours soit administratif, soit une procédure contentieuse administrative au sein de la juridiction spécifique.

Pourtant, dans le domaine du contrôle des concentrations, si les entreprises parties à la concentration ne sont pas satisfaites de la décision rendue par la DAM du Ministère du Commerce, leur premier recours doit être le recours administratif conformément à l'article 53 de la Loi antimonopole. Elles ne peuvent avoir recours à la juridiction ou au contrôle judiciaire qu'après l'échec du recours administratif.

On ne compte pas déployer davantage le sujet du contrôle judiciaire dans le chapitre présent, puisqu'il a fait l'objet d'une discussion dans première partie⁸⁴⁰.

⁸⁴⁰ V. chapitre 2 du titre 2 de la première partie.

TITRE II LE CONTROLE DES COMPORTEMENTS ANTICONCURRENTIELS

656. La libre concurrence entre les acteurs économiques est la caractéristique principale de l'économie de marché. Cette liberté de rivaliser sur le plan économique est en effet impulsée par l'appât du gain, ce qui amène les acteurs économiques à optimiser les profits matériels au détriment d'autrui par des comportements anticoncurrentiels. Ainsi donc, la mise en œuvre de la préservation de l'économie de marché se traduit par le contrôle des comportements anticoncurrentiels à deux niveaux : au niveau des pratiques anticoncurrentielles (**Chapitre 1**) et au niveau de la concurrence déloyale (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles

657. Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles se concentre autour de deux catégories des comportements, à savoir, l'abus de position dominante et les ententes. Le contrôle des abus de position dominante porte principalement sur les comportements d'un acteur économique isolé (**Section 1**), tandis que le contrôle des ententes sur les comportements de plusieurs acteurs (**Section 2**). Comme dans tous les systèmes juridiques, le contrôle des abus de position dominante, le contrôle des ententes et le contrôle des concentrations entre entreprises constituent les trois piliers du droit de la concurrence en Chine.

Section 1 Le contrôle des abus de position dominante

658. Avant de connaître le système chinois du contrôle des abus de position dominante (§2), il importe que la notion de 'position dominante' soit d'abord éclairée (§1).

§1. La notion de position dominante

I. Généralités

A. Les méthodes d'analyse d'une position dominante

659. La position dominante n'est pas illicite en soi. Mais elle peut être l'impulsion intentionnelle ou inconsciente de l'abus d'une entreprise qui la détient. L'effet des

abus de position dominante sur le marché cause souvent des spectacles navrants : du point de vue du marché, les concurrents périssent après avoir été évincé par l'abus, le marché devient monotone à cause de l'oligopolisation ; du côté des intérêts des consommateurs, le prix des marchandises augmente, la qualité se dégrade, le choix des marchandises diminue.

Parmi les pratiques anticoncurrentielles existant en Chine à l'heure actuelle, les comportements abusifs de position dominante occupent une proportion relativement élevée par rapport aux ententes. « *Avant la promulgation de la Loi antimonopole de 2007, la moitié des comportements illégaux interdits et sanctionnés par les administrations de l'industrie et du commerce conformément à la Loi contre la Concurrence Déloyale de 1993 étaient les comportements abusifs de position dominante des acteurs économiques. L'entrée de la Loi antimonopole au 1^{er} août 2008 marque l'engagement dans une tâche inlassable des autorités antimonopolistes dans leur application de la Loi antimonopole.* »⁸⁴¹

660. D'après les termes du Glossary of Industrial Organisation economics and Competition Law⁸⁴², même s'il n'est pas impossible de définir de manière précise la notion de force de marché, l'appréciation de l'existence d'une force de marché n'est pas du tout simple et directe. De plus, les approches d'analyse de position dominante varient en fonction des différents systèmes juridiques des différents pays. Les juristes chinois tirent leur conclusion doctrinale après avoir étudié plusieurs grands systèmes juridiques ; en l'espèce, dans les pratiques de l'application du droit de la concurrence trois approches sont utilisées, à savoir le critère de résultat, le critère de comportement sur le marché pertinent et le critère de structure du marché⁸⁴³.

1. Critère de résultat

⁸⁴¹ SHANG Ming, (dir.) (organisé par la Direction de traités et de lois du ministère du commerce), *The theory of Chines Anti-Monopoly Law and Practice*, Edition de l'Université de Beijing, 2008. p. 156.

⁸⁴² Le Glossaire est rédigé et publié par l'Organisation de coopération économique et de développement en juillet 1993. Les approches proposées par l'OCED sont trois ; la première est le Lerner Index, c'est-à-dire l'analyse du degré de l'excédent du prix par rapport du coût marginal qui peut être substitué par le coût variable moyenne. La deuxième est de mesurer l'élasticité de la demande du prix d'une entreprise isolée et la capacité de l'entreprise d'augmenter le prix. La troisième déjà adoptée par la politique américaine de concentration est de prévoir si après la concentration les parties concernées peuvent augmenter et maintenir de manière non transitoire un prix plus élevé que certains seuils (soit 5% ou 10%) qui varie en fonction de non nouveaux entrants ou des produits substituables sur le marché, en autre terme, la capacité de l'entreprise de maintenir ces seuils des prix augmentés doit être évaluée à travers de l'examen quantitatif et qualitatif sur la structure du marché et sur les facteurs comportementaux de l'entreprise.

⁸⁴³ SHANG Ming, (dir.), op.cit. p.159-162. v. WANG Xiaoye, *Droit européen de la concurrence*, Edition de la Science sociale de Chine, 2007, p. 178 et ZHANG Qiong, *Recherche sur la théorie antimonopole*, Edition de China Legal Publishing House, 2007, p.144.

661. En doctrine chinoise, le critère de résultat signifie que le résultat de l'exploitation de l'opérateur économique doit être pris en considération pour déterminer si celui-ci a obtenu la force de marché. En autre terme, le fait que le profit réalisé par l'opérateur économique a dépassé de manière considérable le profit qui doit être réalisé raisonnablement sur un marché concurrentiel, constitue la preuve de la force de marché de l'opérateur économique.

Pourtant, il n'est pas facile d'appliquer ce critère, car le coût marginal d'une entreprise ne peut pas être mesuré de manière précise et exacte, d'une part, et d'autre part, il est malaisé de séparer la part issue de la force de marché du profit total réalisé par l'entreprise. Un opérateur économique peut améliorer sa gestion et sa capacité de se procurer des gains et des profits par beaucoup d'autres moyens, tels que l'adoption de nouvelle technique, le renforcement de la gestion des ressources du personnel, l'introduction du régime convenable d'incitation, etc. Le résultat du profit considérable réalisé par une entreprise est souvent l'effet coordonné de plusieurs facteurs économiques. Ainsi donc l'hypothèse que le profit considérable par rapport au coût marginal est issu d'une position dominante de l'entreprise n'est pas convaincante.

Ce critère est d'autant moins crédible quand l'entreprise dominante est en état de perte. Malgré tout, dans l'affaire de *United Brands*, le déni de la position dominante de la Compagnie *United Brand Continental* sur le marché banane avec l'insistance qu'elle était dans l'état de perte de 1971 à 1976, la Cour de justice de la Communauté européenne constata que la force de marché d'une entreprise n'est pas forcément évaluée par sa profitabilité, que la diminution de profit ou la perte pendant une certaine période de l'entreprise ne saurait prouver l'absence de la position dominante de celle-ci et que la position dominante pourrait résulter d'une combinaison de facteurs tels que : la part du marché de l'entreprise concernée et de ses concurrents, la variété d'approvisionnement du produit, l'homogénéité des produits concernés, le système de vente, le lien entre les marchés amont et aval, etc.⁸⁴⁴ Quant à la part du marché, si dans l'état de perte, l'entreprise peut toujours maintenir sa part de marché élevée, cela peut constituer une preuve convaincante de la position dominante de l'entreprise.

2. Critère de comportement

⁸⁴⁴ CJCE 14 février 1978, aff. C- 27/76 (1978), *United Brands* :Rec.207.

662. Ce critère découle de la comparaison des comportements de l'entreprise en cause et de ses concurrents. Si l'entreprise en cause peut s'abstraire de facteur extérieur concernant les comportements ou actes de ses concurrents sur le marché, tels que la fixation des prix et la décision stratégique d'exploitation lorsqu'elle fixe les prix de ses produits et prend ses mesures stratégiques d'exploitation sur le marché, cela veut dire que l'entreprise en cause occupe une position dominante sur le marché pertinent. Ce critère exige que les comportements et actes économiques de l'entreprise en cause ne soient pas affectés par les comportements des concurrents. Le fait que l'entreprise agit sur le marché à sa guise sans tenir compte des stratégies d'exploitation d'aucun concurrent démontre la force de marché de l'entreprise en cause.

Cependant, les comportements de l'entreprise en cause sont issus de ses stratégies diverses d'exploitation. Souvent, même les entreprises qui n'ont pas de position dominantes sur le marché pourront agir sans tenir compte des stratégies d'exploitation de ses concurrents en raison de leurs propres stratégies d'exploitation sur le marché. Partant, les comportements et actes économiques de l'entreprise en cause sur le marché pertinent ne sont pas non plus crédibles pour prouver sa position dominante. D'ailleurs, la logique de conception des «abus de position dominante» est que c'est la position dominante de l'entreprise en cause qui détermine la direction de ses comportements et actes, ce n'est pas les comportements et actes de l'entreprise en cause qui déterminent l'existence de sa position dominante. Cela dit, le critère de comportement ne peut qu'être un élément complémentaire à considérer dans l'analyse de l'existence de la position dominante d'un acteur économique.

3. Critère de structure

663. Le critère de structure est le critère principal dans l'analyse de la position dominante d'une entreprise. Selon ce critère, la position dominante d'une entreprise pourrait être déterminée à travers l'analyse de sa part de marché. Des parts de marché extrêmement importantes constituent un indice crucial de l'existence d'une position dominante. En général, on peut présumer l'existence d'une position dominante lorsque ces parts de marché sont supérieures à 50%, son inexistence lorsqu'elles sont inférieures à 10%.

Toutefois, ces seuils peuvent varier en fonction de différents pays. Par exemple, en Allemagne, la législation admet la présomption dans plusieurs hypothèses : une

entreprise au moins possède un tiers du marché d'un certain type de biens ou de services commerciaux et a enregistré un chiffre d'affaires d'au moins 250 millions de deutsche marks pendant le dernier exercice terminé ; trois entreprises au plus ont une part combinée de marché des deux tiers au moins. La présomption ne s'applique pas aux entreprises qui ont enregistré, au cours du dernier exercice terminé, un chiffre d'affaires inférieur à 100 millions de deutsche marks⁸⁴⁵. Selon la « Fair Trade Law » du Royaume-Uni, la présomption de position dominante est établie lorsqu'une entreprise possède 25% du marché. Dans l'Union européenne, une détention de part de marché supérieure à 50% constitue la preuve de l'existence de la position dominante, l'entreprise qui détient une part de marché entre 40% et 50% sera présumée dominante et l'entreprise détenant une part de marché entre 20% à 40% aura toujours la possibilité d'avoir la position dominante par d'autres indices complémentaires⁸⁴⁶.

Cependant, aux Etats-Unis, la part de marché n'est pas le seul élément qui entre en ligne de compte pour déterminer s'il y a situation de monopole. D'autres éléments, tels que l'absence d'obstacles à l'accès du marché, peuvent indiquer qu'une entreprise n'est pas dans cette situation, même si elle possède une part très importante du marché considéré⁸⁴⁷. Ainsi, la détention d'un monopole ou d'un droit exclusif confère en principe une position dominante, mais si la détention d'une très forte part de marché au cours d'une très courte période peut ne pas être suffisante pour induire une position dominante⁸⁴⁸.

En tout état de cause, la position dominante peut donc résulter d'une combinaison de facteurs qui, pris individuellement, ne seraient pas forcément déterminants.

B. L'instrument juridique du contrôle des abus de position dominante

664. Depuis le début des années 90, après la première période de la réforme économique le législateur chinois a pris connaissance de l'effet néfaste des comportements abusifs des acteurs économiques dominants sur le marché. Pour les restreindre par l'instrument juridique, quelques articles concernant la restriction des abus de position dominante ont été intégrés dans des lois économiques. Malgré

⁸⁴⁵ La Loi sur les restrictions à la concurrence, amendée, art.22.3.

⁸⁴⁶ Competition Law and Policy in the European Union de l'OCED de 2005.

⁸⁴⁷ Par exemple, une part de marché de 90%, dans l'affaire Carbonate de soude-ICI, n'est pas nécessairement en elle-même suffisante.

⁸⁴⁸ TPICE 30 sept.2003, *Atlantic Container Line*, aff. T-191/98, Rec.3275, spec.pt.919.

l'entrée en vigueur de la Loi antimonopole au 1^{er} août 2008, ces articles éparés sont toujours en vigueur avec les lois auxquelles ils s'attachent.

1. Des articles éparés sur la restriction des abus de position dominante (hors Loi antimonopole)

665. Les règles de la restriction des abus de position dominante s'éparpillent tant dans des lois économiques et des lois sectorielles, que dans des réglementations administratives, sectorielles ou locales.

1) Dans des lois économiques

666. Sont soumis à la Loi contre la Concurrence Déloyale de 1993 trois comportements abusifs d'entreprise, qui comprennent la transaction imposée des entreprises publiques ou des opérateurs qui se confèrent de l'exploitation exclusive par l'Etat (art. 6), la vente au prix extrêmement bas (art.11) et la vente liée ou imposée à des conditions inappropriées.

La Loi sur le Prix de 1997 formule une restriction à deux comportements abusifs des entreprises qui sont respectivement la vente au prix extrêmement bas et la discrimination tarifaire (art.14).

Une dizaine de lois locales contre la concurrence déloyale héritent des trois règles sur les comportements abusifs de la Loi contre la Concurrence Déloyale de 1993. La seule différence entre ces lois locales et la Loi contre la Concurrence déloyale est ce que les mesures de sanction à la vente à un prix extrêmement bas et la vente liée sont ajoutées dans les lois locales. Parmi ces lois locales, la Loi de Shanghai, de Chengdu, etc. contre la concurrence déloyale sont les plus remarquables en raison de la fréquence de leur application.

2) Dans des lois spécifiques sectorielles

667. La Loi sur l'Electricité interdit aux fournisseurs d'électricité de procéder à des traitements discriminatoires vis-à-vis des clients de même catégorie, de boycotter le commerce à d'entités ou à d'individus dans sa zone des activités.

3) Dans des réglementations administratives

668. «Des règles relatives à l'interdiction des comportements restrictifs à la concurrence des entreprises publiques» publiées par l'AIC en décembre 1993 sont en effet l'explication administrative à l'article 6 de la Loi contre la Concurrence déloyale. Ce règlement distingue le comportement consistant à imposer aux autres opérateurs de procéder à la transaction désignée et le comportement consistant à imposer aux autres opérateurs d'accepter la condition de transaction désignée.

Le «Règlement relatif à la restriction des pratiques illégales tarifaires dans le dumping des produits industriels » publié conjointement par la Commission de planification et la Commission de l'économie et du commerce en novembre 1998 complète les cas d'exemption de dumping.

Le Règlement du CAE sur la télécommunication de 2000⁸⁴⁹ représente la réglementation du contrôle des abus de position dominante dans le secteur de télécommunications, toutes formes de comportements abusifs de l'entreprise dominante dans le secteur y étant compris.

2. *Le Chapitre III de la Loi antimonopole de 2007*

669. La Loi antimonopole de 2007 marque que l'apprentissage des expériences étrangères dans le domaine du droit de la concurrence est à son terme.⁸⁵⁰ La pratique législative chinoise fait preuve de la bonne volonté du législateur chinois de préserver le bon fonctionnement du marché concurrentiel et de son appréhension des pratiques antimonopolistes au niveau tant législatif que jurisprudentiel des Etats-Unis et de l'Union européenne, particulièrement en matière du contrôle des abus de position dominante. Le chapitre III de la Loi ne comprend que trois articles qui sont numérotés 17, 18 et 19.

Ces trois articles sont étroitement liés. L'article 17 est consacré à la notion de la position dominante et aux comportements abusifs concrets de la position dominante, l'énumération des formes des abus de dominance est précise et claire. L'article 18 fixe les éléments déterminants de la position dominante selon lesquels les entreprises peuvent évaluer leur position sur le marché en cause, tandis que l'article 19 est un régime de présomption qui stipule que lorsque la part de marché de l'opérateur économique atteint les seuils fixés par la loi, sa position dominante sur le marché pertinent pourra être présumée. Cependant, cette présomption, sans force juridique, peut être réfutée par l'entreprise en cause avec des preuves convaincantes.

Il convient de noter qu'il existe deux modèles législatifs en l'espèce adoptés par de différents pays, soit le modèle synthétique, soit le modèle énumératif. Le premier porte sur le principe général de vérification des abus de position dominante, comme le font les Etats-Unis (l'article 2 de Sherman Act), le deuxième énumère les comportements abusifs de l'entreprise dominante après la prescription du principe

⁸⁴⁹ Règlement n°291 du Conseil des Affaires d'Etat, publié le 20 septembre 2000.

⁸⁵⁰ WANG Xiaoye (dir.), *Explication détaillée de la Loi antimonopole de la R.P.Chine*, Edition de la Propriété Industrielle, 2008. p. 132.

général de vérification des abus, tel est le cas de l'Union européenne (article 82 du Traité CE), l'Allemagne et la Chine sont dans cette catégorie.

II. Le concept de position dominante

A. La définition de «position dominante»

1. Les acteurs économiques concernés et les formes de la domination

670. Contrairement aux concentrations des entreprises et aux pratiques d'ententes qui ne peuvent être effectuées que par au moins deux opérateurs économiques, l'abus de position dominante, qui résulte d'un pouvoir de marché, peut être commis par un opérateur économique isolé ou une collectivité d'opérateurs économiques.

1) Opérateur économique isolé et position dominante individuelle

671. Dans de nombreux cas partout dans le monde, ont été examinés et sanctionnés des abus commis par un opérateur économique isolé exerçant seul sa domination sur le marché. La Loi antimonopole de 2007 de la Chine accepte aussi cette pratique courante internationale.

a. Opérateur économique isolé

672. L'entité destinataire des règles de la concurrence est appelée en Europe «entreprise», tandis qu'en droit chinois de la concurrence, elle apparaît sous un autre nom «opérateur économique» (‘经营者’, ‘*jingying zhe*’)⁸⁵¹. Pour différent que soit le nom de l'entité économique, sa conception au sens large est similaire tant en droit européen que chinois. D'abord, l'indifférence au statut juridique de l'opérateur économique en droit de la concurrence est remarquable. Qu'il soit public ou privé, sociétaire ou associatif importe peu. Ensuite, l'opérateur économique en droit chinois de la concurrence comme en droit européen n'est pas forcément doté de la personnalité juridique.⁸⁵² Enfin, ce qui importe est l'autonomie de décision de l'entité économique. *«L'exigence d'une autonomie décisionnelle permet de vérifier qu'une entité dotée ou non de la personnalité juridique se présente comme un opérateur*

⁸⁵¹ *Supra.* n°482 et s.

⁸⁵² Dans un arrêt européen Hydroterm du 12 juillet 1984, la Cour de justice de Communauté européenne énonce que la personnalité juridique de l'entreprise importe peu. Elle retient dans un attendu célèbre que « la notion d'entreprise placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales ». CJCE, 22 juillet 1984 Hydroterm, aff.C.-170/83. L'article 12 de la Loi antimonopole de 2007 de la RPC institue que l'«Opérateur économique» au sens de la Loi désigne toute personne physique, morale ou toute autre organisation ayant pour activité économique la production ou le commerce de biens ou la prestation de services.

indépendant sur le marché. »⁸⁵³ Et «*l'autonomie d'exploitation sur le marché, qui se traduit par l'indépendance au niveau à la fois juridique et économique constitue la caractéristique la plus importante de l'opérateur économique du droit de la concurrence.*»⁸⁵⁴

Selon l'article 12 de la Loi antimonopole de 2007, il peut s'agir d'une personne morale, physique ou toute autre organisation; ainsi donc, une succursale, une entreprise sans personnalité juridique ou un groupe de sociétés dans lequel les filiales ne disposent d'aucune autonomie pour déterminer leur stratégie sur le marché pourraient être l'auteur d'abus de la position dominante.

b. Position dominante individuelle

673. La position dominante individuelle est celle qui est occupée par un seul opérateur économique.

En dehors des cas où la position dominante est le fait d'entreprises publiques, la domination individuelle résulte généralement de la détention d'un monopole de fait ou de droit. Il peut s'agir d'un droit de propriété intellectuelle ou d'un droit exclusif quelconque. A fortiori, l'entreprise titulaire du monopole d'exploitation d'une activité ou dotée par l'Etat de droits spéciaux ou exclusifs sur une activité détient une position dominante sur le marché concerné.

Mais, comme l'article 82 du Traité de Communauté européenne, le droit chinois incrimine aussi l'abus de position dominante commis par une collectivité d'entreprises. Dès lors se posent deux questions : celle, générale, relative à la définition de l'entité économique pouvant être qualifiée de «collectivité d'opérateurs économiques», et celle, particulière, de la possible appréhension, grâce à cette notion, des pratiques collectives mises en œuvre par un ensemble d'entreprises indépendantes.

2) Collectivité d'opérateurs économiques

a. Une collectivité d'opérateurs économiques ≠ un groupe d'entreprises

674. En droit européen de la concurrence en matière du contrôle de l'abus de position dominante commis par plusieurs entreprises, le rapport entre ces entreprises qui possèdent ensemble une dominance sur le marché peut se traduire par le «groupe d'entreprises»⁸⁵⁵ dont la notion s'entend, au sens du droit des sociétés, d'un ensemble

⁸⁵³ Valérie PIRONON, *Droit de la Concurrence*, Gualino 2009, p.36.

⁸⁵⁴ WANG Xiaoye (dir.), *Explication détaillée de la Loi antimonopole de la R.P.Chine*, op.cit. p.79.

⁸⁵⁵ L'article 420-2 al. 1 du Code de commerce de la France.

d'unités supportées par des personnes morales soumises à un contrôle commun par les liens financiers qui les unissent. De plus, «*des entreprises qui ne sont pas liées financièrement mais qui ont formé une entente et qui, ensemble, exerce une position dominante peuvent également, dans certains cas, être considérées comme constituant un groupe d'entreprises.*»⁸⁵⁶

A la différence du droit européen, un certain flou semble régner lorsqu'il s'agit de déterminer le rapport entre plusieurs entreprises possédant ensemble une position dominante, puisque le rapport entre ces entreprises est ignoré complètement tant par le législateur chinois que par les praticiens et les juristes chinois.

Cependant, il est nécessaire dans la doctrine d'étudier si ces entreprises possédant une position dominante ensemble sur le marché sont des groupes d'entreprises en Chine.

Au sens propre de l'article 19 de la Loi antimonopole de 2007 qui dispose qu'une position dominante peut être détenue par un, deux ou trois acteurs économiques, ces deux ou trois acteurs économiques peuvent être soit des membres d'un groupe d'entreprises qui ont un lien financier entre eux et sont tous entreprises d'Etat, soit des entreprises indépendantes, privées ou étatiques, n'ayant aucun lien institutionnel entre elles. L'ensemble des entreprises qui détiennent la dominance sur le marché ne peut pas être appelé un groupe d'entreprises, car la notion du groupe d'entreprises en Chine est imprimée fortement par la finalité politique d'Etat sur la restauration des entreprises d'Etat. En général, un groupe d'entreprises chinois est un groupe d'entreprises d'Etat⁸⁵⁷ ou un groupe qui unit de grandes entreprises privées mais qui est soutenu financièrement ou stratégiquement par l'Etat⁸⁵⁸.

En ce sens, l'ensemble de ces entreprises détenant une position dominante doit avoir sa propre appellation en Chine: celle de «collectivité d'opérateurs économiques» ('经营者联合', 'jingyingzhe lianhe').

Malgré l'ignorance de la notion de groupe d'entreprises en doctrine chinoise en l'espèce, la doctrine chinoise admet qu'au sein de la collectivité d'opérateur économiques détenant la dominance sur le marché existe *une interdépendance économique qui les conduit à adopter une stratégie explicitement ou implicitement*

⁸⁵⁶ M. -C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem, J. Vialens, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, 2008, LGDJ, p. 186.

⁸⁵⁷ Cf. *supra*. n° 494 et s.

⁸⁵⁸ Par ex. le Groupe Huawei, qui est de nature privée, mais avec un très fort lien avec l'Etat qui le soutient dans sa stratégie de l'investissement outre-mer.

*coordonnée*⁸⁵⁹. Ce lien économique recouvre deux situations différentes: l'une est de nature contractuelle, lorsque les entreprises ont conclu des accords de licence ou des engagements d'approvisionnement exclusif ; l'autre concerne la situation de nature structurelle, en particulier lorsqu'il résulte de la prise de participation d'une société dans le capital d'une autre, de la présence de dirigeants communs, a fortiori de l'appartenance à un même groupe d'entreprises.

Aucune étude doctrinale ne porte sur la stratégie coordonnée de la collectivité des entreprises. Nous trouvons, pourtant, que la jurisprudence européenne est intéressante et pourrait inspirer les juristes chinois :

«Quant à la stratégie coordonnée dont on peut déduire in fine l'existence d'une position collective, il n'est pas nécessaire d'établir une collusion entre les entreprises en cause. Il convient en revanche d'établir leur 'volonté d'adopter ensemble une même ligne d'action sur le marché'»⁸⁶⁰. Pour la mise en œuvre de la prohibition des abus de position dominante, cette coordination tacite doit toutefois être effective ; il en va différemment dans l'exercice du contrôle des concentrations où il suffit qu'elle soit probable.»⁸⁶¹

b. La position dominante collective d'opérateurs économiques

675. La position dominante collective est celle qui est détenue par deux ou plusieurs opérateurs indépendants.

Bien que la collectivité d'entreprises en matière de prohibition des abus de position dominante en droit chinois ne soit pas le groupe d'entreprises en droit européen, la doctrine européenne de la position dominante collective d'entreprises agissant dans le cadre d'un oligopole restreint constitue sans doute le fondement théorique du texte législatif de l'article 19 de la Loi antimonopole de l'Etat chinois.

Selon la doctrine européenne, à l'intérieur d'un oligopole restreint, *«sur un marché ayant les caractéristiques appropriées, notamment, en termes de concentration du marché, de transparence et d'homogénéité du produit, ces opérateurs sont en mesure de prévoir leurs comportements réciproques, et sont donc fortement incités à aligner leur comportement sur le marché, de façon, notamment, à*

⁸⁵⁹ SHI Jichun, *Appréhension et application de la Loi antimonopole*, Edition de China Legal Publishing House, 2007. p.134. En effet, « une interdépendance économique qui les conduit à adopter une stratégie explicitement ou implicitement coordonnée » est l'expression de la Cour de justice de la communauté européenne dans l'affaire 'Commune d'Almelo', CJCE 16 avril 1994, aff. C 393-92. Cette situation de l'interdépendance a été révélée par la Commission européenne à l'occasion de l'affaire dite du 'Verre plat', Décision de la Commission du 7 décembre 1988, JOCE L.33 du 4 février 1989.

⁸⁶⁰ CJCE, 16 mars 2000, Cie maritime belge de transports c/ Commission, aff.jtes C-395/96 et C.-396/96.

maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix. Dans un tel contexte, chaque opérateur sait qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative.»⁸⁶²

Trois conditions cumulatives, dégagées par la jurisprudence communautaire, nécessaires pour définir une situation de position dominante collective pourraient constituer une référence utile dans l'application administrative et judiciaire de la Loi antimonopole de Chine :

«En premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent la même ligne d'action. En effet, il ne suffit pas que chaque membre de l'oligopole soit conscient que tous peuvent tirer profit d'un comportement indépendant sur le marché, mais il doit disposer des moyens de savoir si les autres opérateurs adoptent la même stratégie et s'ils la maintiennent. Le marché doit donc être transparent.

En deuxième lieu, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune. Cette condition intègre que les membres de l'oligopole ont la possibilité de mettre en œuvre des représailles à l'égard d'un opérateur déviant.

En troisième lieu, il convient d'établir que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels, ainsi que des consommateurs, ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action.»⁸⁶³

676. Dans l'explication doctrinale de la Loi antimonopole de Chine, la Commission antimonopole de Chine a reconnu l'existence d'une position dominante collective de la part d'entreprises qui, isolément ne sont pas en position de dominer un marché, mais qui, peu nombreuses, sont individuellement assurées que les autres se comporteraient comme elle, qu'il y ait ou non une entente expresse entre elles.

2. La notion de «position dominante»

⁸⁶¹ Valérie PIRONON, *Droit de la Concurrence*, op.cit. p.83.

⁸⁶² M. -C. Boutard Labarde, G. Canivet, op.cit. p.187.

⁸⁶³ M. -C. Boutard Labarde, G. Canivet, op.cit. p.188. V. TPICE 25 mars 1999, aff.T-102/96, *Gencor*, Rec.p.II-1375; 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge*, Rec.p.I-1365, I-1371. 13 juill.2006, *Impala*, association internationale c/Commission, aff. T-464/04.

677. Il n'y a pas beaucoup de régimes juridiques de la concurrence qui définissent la position dominante, ni l'article 82 du traité de la communauté européenne, ni l'article 2 de Sherman Act.

Sous l'angle de l'élasticité de la demande croisée, les Lignes directrices des concentrations horizontales de 1992 aux Etats-Unis définissent la position de force sur le marché qui représente la capacité d'une entreprise (ou d'un groupe d'entreprises agissant conjointement) d'augmenter et de maintenir avec profit des prix au-dessus du niveau qui serait appliqué dans une situation concurrentielle pendant une longue période. On l'appelle aussi pouvoir de monopole.

Pour la Cour de Justice de l'Union européenne, dans les arrêts *United Brands*⁸⁶⁴ et *Hoffman-la-Roche*⁸⁶⁵, ce qui caractérise la position dominante, dans l'optique du comportement de l'entreprise, c'est la possibilité d'un comportement indépendant permettant, dans une mesure appréciable, de ne pas tenir compte des concurrents, des acheteurs ou des fournisseurs, ou d'influencer notablement les conditions de la concurrence qui peut subsister.

Le Conseil de la concurrence de la France adopte une analyse conforme à celle des autorités et juridictions communautaires⁸⁶⁶ qui considèrent que la position dominante visée par l'article 82 du Traité CE «concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.»⁸⁶⁷

Aux termes de la Loi allemande, la position dominante est définie de plusieurs manières. Une entreprise qui n'a pas de concurrents (ou qui n'est pas exposée à une concurrence substantielle) est considérée comme dominante (art.19.2.1). La référence à l'exposition à une concurrence substantielle implique que des barrières à l'entrée ou le manque de concurrence potentielle seront des critères déterminants pour constater l'existence d'une position dominante.

⁸⁶⁴ CJCE 14 février 1978, *United Bands* :Rec.207.

⁸⁶⁵ CJCE 13 février 1979, *Hoffman-la-Roche* :Rec 461.

⁸⁶⁶ M. -C. Boutard Labarde, G. Canivet, op.cit. p.190.

⁸⁶⁷ Les arrêts *United Bands* et *Hoffman-la-Roche*. CJCE 11 déc 1980, *l'Oréal* :Rec.3775 ; TPICE, 7oct.1999, *Irish Sugar*, pt 70 et références citées : Rec. p.II-2969.

678. Cependant, après une abondance d'études sur la législation et la jurisprudence des Etats-Unis et de l'Europe, le législateur chinois décide de ne pas suivre leur façon législative en ce qui concerne la définition de la position dominante.

Aux termes de l'article 17 de la Loi antimonopole de 2007 de la Chine, la position dominante désigne la position détenue par des opérateurs économiques sur un marché, qui lui permet de contrôler le prix, la quantité de produits ou d'autres conditions commerciales sur le marché pertinent, ou d'entraver ou de limiter d'autres opérateurs économiques d'entrer sur ce marché. En avril 2009, le projet relatif au règlement sur la prohibition des abus de position dominante rédigé par l'AIC essaie de la caractériser par le pouvoir de contrôler les conditions de transactions commerciales sur le marché en cause, telles que la mutation de prix, la quantité de production, etc. et de faire obstacle aux concurrents à l'entrée dans le marché pertinent.

En définitive, la notion de position dominante est constituée par l'absence d'une concurrence effective sur le marché et le pouvoir que, de ce fait, possède une entreprise d'exercer une influence déterminante sur la politique de ses concurrents.

A. Les éléments caractérisant la position dominante

679. L'article 18 de la Loi antimonopole de 2007 prévoit les éléments caractérisants de la position dominante d'un opérateur économique.

D'après cet article, *«les éléments suivants sont pris en compte pour caractériser la position dominante d'un opérateur économique :*

- 1) *la part de marché de l'opérateur en cause et la situation de concurrence sur le marché pertinent ;*
- 2) *la capacité de l'opérateur en cause de contrôler le marché d'approvisionnement ou le marché des débouchés ;*
- 3) *la force financière et la condition technologiques de l'opérateur en cause ;*
- 4) *le degré de dépendance économique d'autres opérateurs économiques à l'égard de l'opérateur en cause dans la transaction ;*
- 5) *la difficulté pour d'autres opérateurs économiques à entrer sur le marché pertinent ;*
- 6) *tout autre facteur corrélatif pour caractériser la position dominante de l'opérateur en cause sur le marché pertinent.»*

Il convient de classer les premiers cinq éléments en deux catégories :

1. Les éléments concernant l'opérateur en cause

1) La part de marché de l'opérateur en cause et la situation de concurrence sur le marché pertinent

680. La part de marché est un indice important pour déterminer l'existence de la position dominante. Dans l'affaire *Hoffmann-La Roche*, la Cour de Justice de la Communauté européenne constate que des parts de marché extrêmement importantes constituent une preuve importante de l'existence d'une position dominante. Une part de marché entre 40% à 65% indique clairement une position dominante de l'entreprise sans compter d'autres éléments, tandis qu'une part de marché inférieur à 35% constitue généralement, dans beaucoup des pays, un 'Harbour of safety' pour l'entreprise en cause.

La loi chinoise d'antimonopole admet, elle aussi, que la part de marché est un des éléments déterminant de la position dominante de l'entreprise en cause sans la définir. Pourtant, le Groupe de travail législatif du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale indique dans son ouvrage «Illustration des articles, de la motivation législative et des Règlements corrélatifs de la Loi antimonopole », que la part de marché désigne la proportion de la production totale, de la vente totale ou de la capacité de production de l'entreprise en cause sur le marché pertinent, elle peut avoir un autre terme «Ratio d'occupation du marché.»⁸⁶⁸

a. La situation concurrentielle sur le marché pertinent

681. D'après le Groupe de travail législatif, trois étapes sont nécessaires pour déterminer l'existence de la position dominante :

Premièrement, la délimitation du marché pertinent de produit constitue un cadre dans lequel la position dominante est comptée et déterminée.⁸⁶⁹ «*Cette opération est d'autant plus importante que l'existence de la domination, et partant de la pratique d'abus elle-même, est généralement fonction de la taille du marché, soit du point de vue du produit, soit de celui de sa configuration géographique. A l'évidence, plus le marché est étroitement défini, plus la position dominante sera aisément caractérisée. C'est par conséquent sur ce point essentiel de l'analyse que l'entreprise à qui est imputée une position dominante fait porter sa contestation.*»⁸⁷⁰

⁸⁶⁸ Groupe de travail législatif du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale indique dans son ouvrage «Illustration des articles, du motif de législation et des Règlements corrélatifs de la Loi antimonopole de la République Populaire de Chine de 2007 », Edition de l'Université de Beijing, 2007, p.110.

⁸⁶⁹ V. supra, partie II chapitre 2.

⁸⁷⁰ M. -C. Boutard Labarde, G. Canivet, op.cit. p.190.

Deuxièmement, l'examen de la part absolue de marché doit embrasser l'analyse de la production totale, de la vente totale ou de la capacité de production de l'entreprise en cause.

Troisièmement, l'analyse de la part relative de marché de l'entreprise en cause doit être effectuée en comparaison avec les parts de marchés des entreprises concurrentes. Dans la comparaison avec les parts des autres entreprises concurrentes, si la part de marché de l'entreprise en cause n'est pas importante sur le marché pertinent où les parts de marché de ses concurrents sont moins importantes que la sienne, l'entreprise en cause pourrait être considérée comme l'entreprise dominante.

De même, la quantité totale des produits substituables doit être prise en considération dans l'analyse de la part de marché. Parmi les produits substituables existe l'hétérogénéité. Plus l'hétérogénéité est grande, moins les produits sont substituables. Dans le cas où la part de marché de l'entreprise en cause n'est pas élevée, plus l'hétérogénéité entre les produits en cause et les produits substituables est grande, moins l'entreprise en cause ressent la pression provenant de ses concurrents et donc l'entreprise est plus susceptible à avoir une position dominante.

682. Il convient de noter que cette conclusion du Groupe de travail législatif chinois est issue de l'affaire Virgin/British Airways⁸⁷¹ qui constitue la première affaire dans laquelle la Commission européenne tient pour certain la position dominante de la Compagnie British Airways dont la part de marché est inférieure à 40% du fait que la part de la plus grande entreprise concurrente - la Compagnie Virgin, n'est que de 5.5%. D'après la Commission européenne qui encourage à généraliser le recours à un faisceau d'indices, sont pris en considération dans la pratique, de nombreux autres facteurs économiques plus souples permettant, en fonction de l'espèce, de mesurer la puissance de marché de l'entreprise⁸⁷².

b. La présomption de la position dominante d'un opérateur économique isolé

683. Aux termes de l'article 19.1 de la Loi antimonopole, une entreprise pourrait être présumée détenir une position dominante lorsque sa part de marché représente 50% ou plus du marché pertinent.

La force de la présomption est faible par rapport à la détermination de la position dominante, puisque la présomption de la position dominante sera renversée par des preuves convaincantes apportées par l'entreprise en cause. Cette spécialité du droit

⁸⁷¹ JOCE, C.20/21, 2000.

chinois de la concurrence a pour prévisibilité au profit des opérateurs économiques et applicabilité efficace du contrôle des autorités compétentes administratives ou judiciaires, compte tenu de la jeunesse du système juridique de la Chine en matière de la concurrence.

En pratique, c'est l'autorité compétente de la concurrence ou le plaignant de l'action civile de la concurrence à qui incombe la charge de la preuve de la position dominante de l'entreprise en cause, celle-ci ayant le droit d'avancer les preuves contraires. Le manque des preuves contraires de la part de l'entreprise isolée en cause conduit à l'affirmation de l'existence de sa position dominante.

Les preuves contraires sont variées, de l'inexactitude de la délimitation du marché pertinent au seuil atteint de la part de marché, de la facilité d'accès au marché des concurrents potentiels à la non capacité de former la position dominante, de la concurrence violente entre les opérateurs économiques sur le marché pertinent à la stratégie isolée sous pression des consommateurs, etc.

L'origine jurisprudentielle de la disposition de l'article 19 est sans doute la jurisprudence européenne de l'affaire AKZO⁸⁷³, dans laquelle la Commission européenne avance beaucoup de preuves et de faits en différents aspects pour prouver la position dominante de la société AKZO Chimie qui siège au Pays-Bas. Parmi ces preuves pèse plus lourd celle concernant la part de marché d'AKZO qui avait été maintenue de 1979 à 1982 à 50%. La Cour de Justice de la Communauté européenne confirme qu'au manque de cas exceptionnel et spécifique, la part de marché extrêmement élevée démontre expressivement l'existence de la position dominante.

c. La présomption de la position dominante de plusieurs opérateurs économiques

684. L'article 19.2 et 3 de la Loi antimonopole portent sur la position dominante collective. Des opérateurs économiques sont présumés détenir une position dominante dans les situations suivantes :

- les parts de marché agrégées de deux entreprises s'élèvent aux 2/3 ou plus du marché pertinent ;
- les parts de marché agrégées de trois entreprises s'élèvent aux 3/4 ou plus du marché pertinent.

Cependant, le lien entre ces opérateurs économiques détenant conjointement la position dominante n'a pas été prévu par la loi chinoise. Pourtant, ils ont tous droit

⁸⁷² M. -C. Boutard Labarde, G. Canivet, op.cit. p.190-204.

⁸⁷³ CJCE, AKZO Chemie BV/ Commission, C.- 83/462, (1983).

d'apporter des preuves pour justifier la non existence de la détention commune de la position dominante, en indiquant la concurrence réelle entre eux. En l'espèce, on attend la publication des lignes directrices de l'application de cet article.

D'ailleurs, l'article 19.2 et 3 comprend aussi la règle de part de marché minimum, c'est-à-dire parmi ces opérateurs détenant conjointement une position dominante, un d'entre eux dont la part de marché n'atteint pas le seuil minimum de la position dominante, ne doit pas être considéré comme l'entreprise dominante.

2) La capacité de l'opérateur en cause de contrôler le marché d'approvisionnement ou le marché des débouchés

685. Si une entreprise est capable de contrôler le marché des débouchés, cela signifie qu'elle n'a pas besoin de tenir compte de la concurrence provenant de ses concurrents, et des facteurs de consommation pour réaliser son objectif de profit optimal. Lorsque l'entreprise est capable de contrôler le marché d'approvisionnement, sa force de marché couvre des conditions commerciales, tels que les prix et la quantité des produits.

La décision de l'AIC de la province Henan sur l'affaire la succursale de la Compagnie Air South de Chine⁸⁷⁴ démontre que la capacité de contrôler le marché pertinent constitue un élément important de qualification de la position dominante de l'opérateur économique.

La succursale de Zhenzhou d'Air South de Chine a été créée en août 1992, et a été regroupée avec la Compagnie Air Milieu (*Zhongyuan hangkong gongsi*) en 2000. En juin 2005, la succursale de Zhenzhou adoptait un régime en cinq niveaux d'agences pour commercialiser ses billets d'avion en fonction de la fidélité de l'agence envers elle. L'agence de niveau 5 obtiendra les traitements les plus favorables qui comprennent l'autorisation de la vente des billets d'avion au prix préférentiel de la succursale, l'exemption de frais de transaction et la prime considérable à vente sous condition de ne jamais vendre les billets d'avion des autres Compagnies. Parmi la centaine d'agences de vente des billets d'avion, 50 d'entre elles étaient obligées de signer ce fameux accord d'agence de vente en cinq niveaux avec la succursale de Zhenzhou. Pour assurer la fidélité de ses agences et l'application de l'accord par ses agences, la succursale Zhenzhou effectue plusieurs mesures de contrôle, telles que le rappel irrégulier d'avertissement d'une sanction lors de l'infraction de l'accord,

l'enquête sur place en se prétendant comme client pour savoir si l'agence vend les billets des autres compagnies, la mise en difficulté de faire rembourser les billets, l'interdiction de l'accès à l'information des billets au prix préférentiel, etc.

Les pratiques de contrôle de la vente des billets d'avion par la succursale Zhenzhou sur le marché provincial de Henan suscitent un grave doute de la part de l'AIC de la province du Henan sur l'abus de position dominante de la succursale Zhenzhou. A la suite de l'enquête par l'initiative de l'AIC locale, la succursale Zhenzhou ayant une part de marché de 60% à 65% sur le marché pertinent de Henan se voit infligée une sanction administrative en raison de son infraction à l'article 6 de la Loi sur la Concurrence déloyale⁸⁷⁵. La décision de l'AIC de Henan confirme que la succursale Zhenzhou a la capacité de contrôler le marché de vente des billets d'avion sur le marché pertinent situé dans la province du Henan, et que les mesures qu'elle a prises pour surveiller la fidélité de ses agences constituent des preuves convaincantes de sa position dominante sur le marché, a fortiori, sa part de marché a atteint 60%.

686. Si l'entreprise dispose de la force financière ou des conditions avantageuses de technologie, il est plus facile pour elle de former une position dominante par rapport aux concurrents qui n'ont pas ce genre d'avantages.

La force financière et la condition préférentielle de technologie au sens de l'article 18.3 de la Loi antimonopole sont en effet des éléments relatifs qui ne se trouvent utiles dans la détermination d'une position dominante qu'en comparaison avec la force financière et la condition technologique des concurrents. La condition technologique joue un rôle de plus en plus important sur le marché moderne. La formation d'une barrière au marché par des droits de la propriété intellectuelle ou des technologies spécifiques constitue un nouveau moyen de maintenir la position dominante de l'entreprise. Au cours des dernières années sont apparues un certain nombre de difficultés résultant de la confrontation de droits de la propriété intellectuelle avec les exigences du droit de la concurrence.

Cependant, tant dans l'Union européenne qu'aux Etats-Unis, à travers l'affaire Microsoft, une position dominante liée à la détention de droit de propriété

⁸⁷⁴ Centre d'étude du droit international de l'Académie chinoise de la science sociale, *Cas typiques antimonopolistiques et l'enquête et l'application de la Loi antimonopole de Chine*, Edition du droit, 2007. p.33.

⁸⁷⁵ L'article 6 de la Loi sur la Concurrence déloyale de 1993 interdit les entreprises publiques qui possèdent une position dominante sur le marché pertinent de restreindre l'achat des produits ou services désignés par eux, au détriment de leurs concurrents.

intellectuelle a été reconnue. « *Ces droits ont même été, dans certains cas et à certaines conditions, considérés comme constituant une facilité essentielle.* »⁸⁷⁶

2. Les éléments concernant les opérateurs concurrents

687. Un certain nombre d'obstacles peuvent entraver ou empêcher la pénétration de nouvelles entreprises dans une branche d'activité. Parmi ceux-ci, deux grandes catégories se distinguent : les obstacles structurels et les obstacles stratégiques.

En premier lieu, les obstacles structurels à l'entrée sur un marché résultent des caractéristiques fondamentales du secteur économique comme la technologie, les coûts et la demande. La différenciation des produits, des avantages de coût absolu des entreprises sur le marché et des économies d'échelle constitue les principaux obstacles structurels.

La différenciation des produits crée des avantages pour les entreprises en place, car les nouveaux venus doivent surmonter l'obstacle que constitue la fidélité à la marque acquise dans le temps à l'égard des produits existants.

Les avantages de coût absolu entraîneront pour le nouveau venu des coûts unitaires plus élevés à chaque rythme de production, qui s'explique peut-être par une infériorité technologique.

Les économies d'échelle limitent le nombre d'entreprises qui peuvent fonctionner à des coûts minimaux dans un marché d'une dimension donnée.

Une définition plus étroite des obstacles structurels a été donnée par George Stigler et les tenants de l'école de Chicago concernant l'analyse antitrust. Ils laissent entendre que les obstacles à la pénétration sur un marché n'existent que lorsqu'un nouveau venu doit exposer des frais que les entreprises en place ne supportent pas⁸⁷⁷.

688. En deuxième lieu, les obstacles stratégiques d'accès au marché portent sur le comportement des entreprises sur le marché. Les mesures de dissuasion stratégiques à l'entrée comportent certains types de comportement d'accaparement des entreprises en place. Un exemple est l'accaparement des installations qui consiste pour une entreprise en place à surinvestir dans des capacités de production pour menacer d'engager une guerre des prix si de nouveaux concurrents pénètrent sur le marché. Un autre exemple consisterait à créer artificiellement de nouvelles marques et de nouveaux produits pour limiter les possibilités d'imitation.

⁸⁷⁶ M. -C. Boutard Labarde, G. Canivet, op.cit. p.199.

⁸⁷⁷ Sources: CNUCED; et W. Shepherd, *The Economics of Industrial Organization*. Englewood Cliffs, 1990.

Les obstacles à l'entrée sur un marché peuvent varier largement en fonction du niveau de développement d'un marché. Les secteurs dont les obstacles sont les plus élevés à l'entrée seraient ceux de production et de distribution d'électricité, des services téléphoniques, d'avions et de pièces d'avion, d'industrie automobile, de grands ordinateurs, de matériel électrique lourd, de locomotives, etc.

Tout comme les juristes américains et européens, les juristes chinois eux aussi s'intéressent à une analyse juridique de cette affaire⁸⁷⁸.

L'affaire *Microsoft* constitue une affaire typique où l'on rencontre à la fois des obstacles structurels et comportementaux à l'entrée au marché pertinent à l'égard de ses concurrents. Ni les juridictions américaines, ni les autorités communautaires n'ont reculé devant le géant de l'informatique *Microsoft* : cette société, établie à Redmond dans l'État de Washington, a fait l'objet d'une action en justice aux États-Unis pour violation du *Sherman Act* et d'une plainte déposée par son concurrent Sun Microsystems devant la Commission européenne pour abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité CE. La première de ces actions a abouti à une transaction conclue suite à l'arrêt de l'*United States Court of Appeal for the District of Columbia Circuit* le 28 juin 2001⁸⁷⁹; la seconde se termine par l'arrêt de rejet du Tribunal de première instance de la Communauté européenne du recours de *Microsoft* contre la décision de la Commission⁸⁸⁰ qui la condamne à une amende de 497 196 304 d'euros, pour deux abus de position dominante, ainsi qu'à devoir modifier ses comportements abusifs⁸⁸¹.

A cause des divergences dans l'application du droit de la concurrence des deux côtés de l'Atlantique, les observateurs chinois sont dans l'expectative. En attendant le rapprochement des autorités de la concurrence des États-Unis et de l'Union européenne en élaborant des notions harmonisées et cohérentes dans ce domaine, le législateur ne prend aucune position ni européenne, ni américaine, l'article 18.6 de la Loi antimonopole de 2007 donnant de la marge au remaniement à venir de la loi afin d'embrasser tout autre facteur corrélatif à la caractérisation de la position dominante de l'entreprise en cause sur le marché pertinent.

⁸⁷⁸ SHANG Ming, (dir), *op.cit.* pp. 208-210.

⁸⁷⁹ *United States V. Microsoft Corp.*, 253 F3d 34, D.C. Cir. 2001.

⁸⁸⁰ TPICE, 22 déc. 2004, aff. T-201/04 R, *Microsoft Corp. c/ Comm. CE* : Rec. CJCE 2004, II, p. 4463.

⁸⁸¹ Comm. UE, déc. n° 2007/53/CE, 24 mars 2004 relative à une procédure d'application de l'article 82(CE) et de l'article 54 de l'Accord EEE, aff. COMP/C-3/37.792 : JOUE n° L 32, 6 févr. 2007, p. 23.

§2. *Les exploitations abusives de position dominante*

I. *La notion d' «abus de position dominante»*

A. **Les notions**

689. Ni la Loi antimonopole de 2007, ni les règlements administratifs de l'application de la loi ne donnent de définition de ce qu'est un comportement abusif ; tous deux se bornent à en énoncer quelques exemples. Mais les juristes chinois ne se contentent pas de cette situation législative. Ils cherchent à donner une explication doctrinale à la notion d'abus et d'abus de position dominante.

1. *Notion d' «abus»*

690. L'abus désigne le manquement à une responsabilité particulière assumée par la personne (physique ou morale) ayant des droits particuliers. En droit de la concurrence, la notion d'abus suppose le manquement à la responsabilité particulière de l'entreprise dominante qui, puisqu'elle domine le marché, est tenue de veiller au maintien d'une concurrence suffisante sur celui-ci. La Cour de justice de l'Union européenne précise à cet égard que l'existence d'une position dominante engendre pour l'entreprise qui en bénéficie, *«une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée sur le marché...»*⁸⁸²L'abus n'en est pas pour autant illicite per se. Son caractère illicite suppose le constat d'une restriction de concurrence corrélative.

2. *Notion d' «abus de position dominante»*

691. La notion d'abus de position dominante sur le marché vise les pratiques commerciales anticoncurrentielles auxquelles peut se livrer une entreprise en position dominante pour maintenir ou accroître sa position sur le marché.

Pour qu'un comportement soit qualifié d'abus de position dominante et partant interdit, il importe qu'il s'accompagne d'une restriction ou d'une élimination de concurrence. L'article 17 de la Loi antimonopole de 2007 qui opère un renvoi à son article 2, est expressément en ce sens. En d'autres termes, l'abus doit avoir pour objet ou pour effet de restreindre ou d'éliminer la concurrence sur le marché. Le caractère sensible de cette restriction de concurrence se déduit en principe aisément de la position de force occupée par l'auteur du comportement litigieux sur le marché.

⁸⁸² CJCE, 9 nov.1983, Michelin I, aff.n°322/81, Rec.p.3461.

Les abus d'une position dominante peuvent notamment prendre les formes suivantes : l'application de prix déraisonnables ou excessifs, une discrimination en matière de prix, des ventes à perte, le refus d'entrer en relation commerciale ou de vendre, des ventes liées ou de produits par lots, l'accaparement d'installation ou d'équipements, etc.

B. Deux conceptions d'abus de la position dominante

692. La doctrine française a révélé à l'égard de la définition de l'abus de la position dominante une différence d'approche suivant que l'abus est de comportement ou de structure. Elle reste encore inouïe pour la plupart des juristes chinois dans le domaine de la concurrence. Il est donc utile de faire une présentation succincte de cette différence française aux juristes chinois.

Dans ses premiers rapports annuels⁸⁸³, le Conseil de la concurrence de France a indiqué que l'abus pouvait être constitué soit par des pratiques ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'éliminer des concurrents ou d'empêcher l'arrivée d'une nouvelle entreprise sur le marché (abus de structure ou abus d'exclusion) ; soit par des comportements qu'une entreprise ne pourrait adopter sans compromettre son propre intérêt sur un marché concurrentiel ou si elle ne disposait pas d'une position dominante (abus de comportement ou abus d'exploitation).

1. Abus d'exploitation

693. L'abus d'exploitation est parfois désigné sous le terme d'«abus de résultat» ou d'«abus de comportement», puisque l'entreprise tire parti de son pouvoir de marché pour obtenir des avantages de ses clients ou fournisseurs qu'une concurrence effective ne lui aurait pas permis d'atteindre.

Les abus d'exploitation consistent en l'accomplissement d'actes ou abstentions qui traduisent la dépendance économique des partenaires à l'entreprise dominante. A ce titre, ils s'expriment dans les relations verticales entre l'entreprise dominante et ses fournisseurs ou clients. L'abus d'exploitation réside en général en deux catégories : dans la conclusion même d'un marché lorsque l'entreprise en position dominante oppose à ses clients un refus de vente ou leur impose à l'inverse des ventes liées ou contrats couplés et dans les conditions de transaction imposées par l'entreprise dominante, l'entreprise profitant de sa position de force sur le marché

⁸⁸³ Cons. conc., Rapp. 1987, p.XXXII, 1988, p.XXXIV; 1990, p.XXXVII, 1991, p.XLIX, 1992, p.56, et 1993, p.65.

pour imposer à ses partenaires des conditions commerciales inéquitables (par ex. des prix ou des délais de paiement excessifs). De même, le fait d'imposer des prix ou conditions discriminatoires est caractéristique d'un abus d'exploitation. «*La discrimination est caractérisée lorsque l'entreprise en position dominante soumet ses partenaires à des conditions dissemblables sans raison objective. Elle aboutit à fausser la concurrence entre les partenaires avantagés et les partenaires discriminés sur leur marché de référence.*»⁸⁸⁴

2. *Abus d'exclusion*

694. L'abus d'exclusion est parfois désigné sous le terme d' «abus de structure» ou d' «abus de l'effet», *recherché ou atteint, d'un acte ou d'une opération sur les conditions d'exercice et l'intensité de la concurrence sur le marché, c'est-à-dire en pratique, l'exclusion de concurrents actuels ou potentiels*⁸⁸⁵.

Une entreprise peut utiliser l'abus d'exclusion pour éliminer du marché des concurrents réels ou potentiels.

La stratégie de prix prédateurs est un mécanisme indirect d'éviction des concurrents. Elle consiste pour une entreprise en position dominante à attirer ou fidéliser la clientèle par des conditions financières particulièrement attractives. Elle peut s'incarner dans une offre promotionnelle adressée aux nouveaux clients ou un rabais de fidélité accordé aux clients actuels de l'entreprise. Lorsque ce prix est inférieur à celui qui est dicté par un objectif immédiat de maximisation des profits, il s'agit d'un prix prédateur de nature à détourner la clientèle des autres opérateurs actuels ou potentiels sur le marché.

Le refus d'accès à une installation essentielle constitue un moyen direct d'éviction. L'installation ou infrastructure essentielle désigne un bien difficilement reproductible et néanmoins indispensable pour accéder à un marché donné. Il peut s'agir par exemple d'une installation portuaire ou aéroportuaire, d'un réseau câblé, d'un droit intellectuel (brevet, droit d'auteur) ou même de matières premières rares. L'entreprise qui en est titulaire détient un monopole sur le marché en cause. Licite en lui-même, ce monopole peut toutefois donner les clés de l'accès à un autre marché en amont ou en aval. Le fait pour l'entreprise qui détient cette ressource essentielle d'en

⁸⁸⁴ Valérie PIRONON, *op.cit.* p.84-85.

⁸⁸⁵ M. -C. Boutard Labarde, G. Canivet, *op.cit.* p 205-207.

refuser l'accès aux autres opérateurs, de l'accorder pour un prix excessif ou de façon discriminatoire est donc constitutif d'un abus, en l'absence de raisons objectives⁸⁸⁶.

II. Les comportements abusifs des opérateurs économiques

A. Les formes des comportements abusifs au sens de l'article 17 de la Loi antimonopole

1. Les comportements abusifs prévus par l'article 17 de la Loi antimonopole

695. Aux termes de l'article 17 de la Loi antimonopole, «*sont prohibés les comportements abusifs de la position dominante détenue par un (des) opérateur(s) économique(s) lorsqu'ils aboutissent :*

- *à vendre à des prix de façon non équitable élevés ou à acheter à des prix de façon non équitable bas ;*
- *à vendre à perte sans justification objective ;*
- *à refuser d'avoir des relations commerciales avec un partenaire sans justification objective;*
- *à imposer au partenaire sans justification objective des relations contractuelles exclusives avec elle ou des personnes qu'elle désigne ;*
- *à procéder à la vente liée ou à imposer au partenaire d'autres conditions commerciales déraisonnables au moment de la transaction sans justification objective;*
- *à appliquer un traitement discriminatoire sur les prix ou tout autre élément de la transaction à des opérateurs de même niveau, sans justification objective;*
- *tout autre abus prohibitif répertorié par l'autorité chinoise de concurrence est également prohibé.*

La position dominante au sens de la présente loi, désigne la position détenue par des opérateurs économiques sur un marché, qui lui permet de contrôler le prix, la quantité de produits ou d'autres conditions commerciales sur le marché pertinent, ou d'entraver ou de limiter d'autres opérateurs économiques dans leur accès à ce marché.»

Il convient de jeter un regard explicatif sur chacun de ces comportements abusifs au sens de l'article 17.

1) Le prix monopoliste

⁸⁸⁶ CJCE, 3 juillet 1991 (Akzo Chemie BV c/Commission, aff.- 62/86. v. également l'affaire Tetra Pak, préc.

696. Lorsque l'opérateur économique profite de sa position dominante de force sur le marché pour imposer des prix d'achat excessivement bas ou des prix de vente excessivement élevés, l'abus d'exploitation de la position dominante sera caractérisé. L'exercice du prix monopoliste a pour but d'accaparer les profits inéquitables et monopolistes. Le pouvoir d'effectuer une telle stratégie de prix n'appartient qu'à l'entreprise qui détient la position de monopole sur le marché en cause. C'est les cas des affaires *United Brands* et *General Motors Continental*.

A l'heure actuelle en Chine, le prix monopoliste fait l'objet de prohibition dans la loi antimonopoliste, dans la Loi sur le Prix de 1997 et dans d'autres réglementations administratives. Par exemple, l'article 14.7 de la Loi sur le Prix interdit aux opérateurs économiques de chercher à gagner des profits exorbitants par le truchement de la stratégie du prix. La même disposition a été adoptée par l'article 6 du « Règlement provisoire sur la répression de des comportements concernant le prix monopoliste ».

697. En pratique, encore faut-il constater qu'il existe trois critères de détermination du prix élevé exorbitant ou des profits exorbitants.

Le premier critère appelé 'quatre même' ('四个相同', '*sige xiangtong*') est le suivant : un prix appliqué par l'entreprise en cause qui surpasserait les prix des produits ou services de même catégorie, de même qualité, dans la même zone et pendant une même période, peut être considéré comme un prix monopoliste ou un profit exorbitant.

Le deuxième critère intitulé comme 'trois moyens' ('三个平均', '*sange pingjun*') est un critère principal qui permet de distinguer le prix exorbitant et le prix normal de marché. Trois moyens sont respectivement le prix moyen du marché concurrentiel, la différenciation moyenne entre le prix d'achat et le prix de vente et le profit moyen des produits ou services de même catégorie, de même qualité dans la même zone pendant la même période.

Le troisième critère qui s'appelle 'un degré' ('一个程度', '*yige chengdu*') désigne un degré raisonnable d'élévation du prix du produit ou du service au-dessus du prix moyen du marché concurrentiel, de la différence moyenne entre le prix d'achat et le prix de vente et le profit moyen des produits ou services de même catégorie, de même qualité dans la même zone pendant la même période.

Ces trois critères souvent appliqués dans la régulation administrative du prix procurent beaucoup de critiques dues à leur rigidité et leur caractère « ancien régime planifié » se caractérisant principalement par le contrôle du prix des produits ou services.⁸⁸⁷ Dans l'application de la Loi antimonopole, le prix monopoliste ou le profit exorbitant n'est pas illicite *per se*. Son illicéité doit être analysée dans le contexte où l'acteur domine le marché par sa force de position sur celui-ci.

La dissuasion de l'article 17.1 de la Loi antimonopole a son effet réel sur l'événement courant relatif aux profits exorbitants au moins des marchandises et des nourritures dans tous les aéroports chinois. A titre d'exemple, avant la promulgation de la Loi antimonopole du 30 août 2007, les prix des marchandises et services dans l'aéroport de Beijing étaient au minimum quinzaine fois plus, quelques fois trente fois plus élevés que les prix de marché de ces marchandises et services en dehors de l'aéroport. Le 11 décembre 2007, la Compagnie du Commerce de l'aéroport de Beijing affirmait publiquement que les prix des plus de 8600 marchandises dans l'aéroport vont être abaissés à la fin du mois pour la mise en œuvre de son engagement d'août 2007 devant l'AIC de Beijing concernant le maintien du même prix avec la même qualité par rapport aux marchandises et services en dehors de l'aéroport tout en invitant la surveillance de la masse et de l'association des consommateurs.⁸⁸⁸

En effet, l'exercice ou l'abus d'une position dominante découlant du monopole sur le marché sous forme du prix monopoliste aboutit à une réduction de la production et à un ralentissement du progrès économique. Outre qu'il accroît les prix de concurrence, l'exercice d'une position de force sur le marché peut se traduire par la réduction de la qualité du service ou par une absence d'innovation sur les marchés donnés. La gravité de l'effet néfaste de l'abus de position dominante d'un monopole en forme de prix excessif et non équitable le place au premier rang des prohibitions de la Loi antimonopole de Chine.

2) La vente à perte

698. Pratiquer des prix inférieurs au prix coûtant sans aucune justification objective est un comportement prédateur à l'égard des concurrents qui a pour but l'élimination

⁸⁸⁷ WANG Xianlin, *Sur l'abus de position dominante et sa régulation*, in Revue de recherche de l'administration de l'industrie et du commerce de Chine, 2000, n°6. v. aussi, WU Weida, *La compétition des prix dans la perspective de la Loi antimonopole*, Edition de l'Université de Zhe Jiang, 2005, p. 227-228.

⁸⁸⁸ « Un abaissement de manière importante du prix des marchandises et services dans l'aéroport de Beijing », in Journal de Nouvel Beijing, le 12 décembre 2007.

de ceux-ci en détournant leur clientèle. C'est une des formes les plus courantes du comportement abusif généralement dénommée « prix d'agression ».

Outre la Loi antimonopole de 2007, la Loi contre la concurrence déloyale de 1994 possède aussi une disposition d'interdiction des prix d'agression. Selon le texte de l'article 11 de la Loi de 1993, un opérateur économique ne peut vendre ses produits à un prix inférieur au prix coûtant, à toutes fins d'évincer ses concurrents.⁸⁸⁹

Toutefois, l'autonomie de fixation des prix d'un opérateur économique est essentielle pour le développement d'une économie du marché. L'intervention excessive de l'administration compétente va torturer artificiellement le fonctionnement normal du marché et le jeu de la concurrence sur le marché. Pour éviter l'intervention arbitraire de l'administration, aux Etats-Unis, la Cour suprême a estimé que deux facteurs sont nécessaires pour que puisse être établie la fixation de prix prédateur. Tout d'abord, les prix faisant l'objet de la plainte doivent être « *inférieurs à un niveau approprié de coût* », et ensuite il doit y avoir « *une dangereuse probabilité* » que le concurrent qui a fixé des prix très bas récupère son investissement dans des prix inférieurs au prix coûtant.⁸⁹⁰ La Cour suprême des Etats-Unis a jugé qu'il est important de faire la distinction entre la baisse des prix qui va dans le sens du jeu de la concurrence et la fixation anticoncurrentielle de prix d'agression parce que « *baisser les prix pour accroître les échanges est souvent l'essence même de la concurrence.* »⁸⁹¹ Dans l'affaire *AKZO v. Commission*, la Cour de justice de la Communauté européenne estimait que même si le prix est supérieur au coût moyen variable, lorsque l'entreprise fixe le prix inférieur au coût moyen total pour restreindre ou entraver la concurrence sur le marché en cause, il sera considéré coupable à cause de son comportement de fixer un prix prédateur.

Les juristes chinois proposent trois conditions qui permettent de caractériser le prix prédateur sous forme de vente à perte: la première est que le prix doit être inférieur au prix coûtant ; la deuxième, l'opérateur économique qui applique ce prix doit avoir une position dominante sur le marché pertinent ; la troisième, l'opérateur économique n'a aucune justification objective pour appliquer la vente à perte.

⁸⁸⁹ La loi du 2 septembre 1993 contre la concurrence déloyale, art.11. Cette loi énumère en outre un certain nombre de cas de concurrence non réputée déloyale tels que la vente de marchandises fraîches, la baisse saisonnière des prix, le changement de gamme de production ou la cessation de commerce.

⁸⁹⁰ *Brook Group Ltd. c. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. (1993). Voir également *Cargill Inc. c. Monfort of Colo. Inc.*, 479 U.S. 104,117 (1986)

⁸⁹¹ *Matsushita Elec.Indus.Co.c. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 594(1986).

En réalité, la détermination du coût de production, de commerce ou de service n'est pas une tâche facile pour l'autorité compétente. Pour rendre plus facile cette tâche, le « Règlement relatif à l'interdiction des comportements déloyaux de fixation de prix dans la vente à perte des produits industrialisés » publié conjointement par le MOC et l'ancienne Commission nationale de planification en novembre 1998 conformément à la Loi sur le Prix de 1993 donne une explication détaillée sur la définition de «Coût de production de l'entreprise productrice» et de «coût d'approvisionnement de l'entreprise commerciale.»

3) Le refus d'entrer en relation commerciale et de vente

699. Le comportement prédateur ne se limite pas aux prix d'agression ou prédateur. D'autres actes, tels que le refus, par une entreprise en position dominante, de vendre une matière indispensable aux activités de production ou de prestations de service d'un client qui est en mesure de lui faire de la concurrence ou d'entrer en relation commerciale avec ses clients peuvent être réputés prédateurs.

Le refus d'entrer en relation commerciale peut, à première vue, paraître un droit inaliénable puisqu'en théorie seul le vendeur ou l'acheteur subit les conséquences de son refus de vendre ou d'acheter. Il n'est pas en soi nuisible à la concurrence et les entreprises devraient avoir la faculté de vendre et également d'accorder un traitement préférentiel aux acheteurs de longue date, aux entreprises apparentées, aux commerçants qui règlent leurs achats en temps voulu ou qui préserveront la qualité, la réputation, etc., du produit du fabricant. A ce propos, la Cour suprême des Etats-Unis s'est prononcée dans les termes suivants : *« L'objet de la loi Sherman est d'interdire les monopoles, contrats et combinaisons qui, selon toute probabilité, entraveraient le libre exercice des droits de ceux qui se livrent, ou souhaitent se livrer, au négoce et au commerce- autrement dit de préserver le droit à la liberté du commerce. En l'absence d'intention de créer ou de perpétuer un monopole, la loi ne restreint pas le droit, depuis longtemps reconnu, d'un commerçant ou d'un fabricant se livrant à des opérations commerciales strictement privées à déterminer librement les parties avec lesquelles il entend traiter, et il peut évidemment faire connaître d'avance les circonstances dans lesquelles il refusera de vendre. »*⁸⁹²

700. Or, dans la réalité, les motifs du refus de vente peuvent être multiples, et ce moyen sert souvent aux entreprises en position dominante pour imposer d'autres

⁸⁹² Commentaires émanant du Gouvernement des Etats-Unis.

pratiques telles que la fixation du prix de revente ou des arrangements de distribution sélective. En outre, le refus de vente est fréquemment employé pour faire pression sur des entreprises afin qu'elles respectent le prix fixé. Pour les prévenir, la Commission européenne a condamné à une amende une société des Etats-Unis et trois de ses filiales en Europe pour avoir interdit à leurs revendeurs dans l'un des pays européens (Royaume-Uni) d'exporter leur produit (test de grossesse) qui était vendu nettement moins cher dans ce pays que dans un autre pays européen (Allemagne)⁸⁹³.

D'ailleurs, la justification objective peut disqualifier l'illicéité du refus d'entrer en relation commerciale. L'affaire *British Petroleum v. Commission*⁸⁹⁴ en a été l'illustration. La Cour de justice des Communautés européennes estimait que la diminution d'approvisionnement de pétrole brut de la *Compagnie British Petroleum* à l'entreprise hollandaise *ABG* ne constitue pas un abus de position dominante sous forme de refus de vendre en raison de la justification objective apportée amplement par la *Compagnie British Petroleum*.

4) La restriction des transactions commerciales

701. L'article 17.4 de la Loi antimonopole interdit les comportements abusifs d'une entreprise dominante d'imposer au partenaire sans justification objective des relations contractuelles exclusives avec elle ou des personnes qu'elle désigne. A l'Europe, aux Etats-Unis et dans d'autres pays, on appelle cette catégorie des comportements « exclusivité »⁸⁹⁵, « transaction exclusive », « vente exclusive » ou même « abus de dépendance économique » qui est une spécificité du droit français de la concurrence⁸⁹⁶. Mais, les législateurs chinois préfèrent un autre nom, celui de « restriction des transactions commerciales », puisqu'ils pensent au sens propre du terme, la « restriction des transactions commerciales » est plus large que l'« exclusivité », parce que la première consiste non seulement la transaction exclusive avec l'acteur dominant, mais aussi la transaction exclusive avec la personne tiers désignée par l'acteur dominant, tandis que la deuxième donne une impression de la transaction exclusive seulement avec l'acteur dominant lui-même⁸⁹⁷, même si ce n'est pas véridique.

⁸⁹³ JO des Communautés européennes, n°L377/16, du 31 décembre 1980.

⁸⁹⁴ *British petroleum v. Commission* Case 77/77 (1978), ECR 1513, 3CLMR 174.

⁸⁹⁵ Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stephane Payet, *op.cit.* p.225.

⁸⁹⁶ Valérie PIRONON, *op.cit.* p.89.

⁸⁹⁷ *Illustration des articles, du motif de législation et des Règlements corrélatifs de la Loi antimonopole de la République Populaire de Chine de 2007*, *op.cit.* pp.99-102.

La restriction des transactions commerciales peut être classé en deux catégories: le contrat d'approvisionnement et l'accord de distribution sélective. Par la première, l'entreprise dominante empêche -ou restreint- le client de se fournir chez un concurrent. Dans cette relation commerciale, le partenaire ne peut acheter que les produits ou services de l'entreprise dominante ou les produits ou services que désigne l'entreprise dominante. A travers l'accord de distribution exclusive, l'entreprise dominante ne permet pas à son fournisseur de distribuer les produits en cause à ses concurrents. Dans cette relation commerciale, le fournisseur n'a que deux distributeurs destinataires, à savoir l'entreprise dominante et la personne tiers désignée par l'entreprise dominante.

Dans l'analyse antimonopoliste de l'accord d'approvisionnement exclusif, il est impératif d'effectuer pour l'autorité compétente du contrôle des distinctions entre les produits finaux et les semi-produits, entre la vente en gros et la vente au détail. La restriction de la vente en gros des semi-produits est en général moins nuisible que celle de la vente au détail des produits finaux.

L'analyse antimonopoliste de l'accord de distribution exclusive vise souvent la durée et l'effet de la pratique présumée abusive. Généralement, si le distributeur de position dominante a la justification objective de l'accord de distribution exclusive avec son fournisseur, par exemple, si le distributeur apporte un soutien financier au fournisseur pour améliorer la qualité du produit, ou si sa restriction est pour éliminer le parasitisme car il a dépensé de manière considérable dans la publicité du produit du fournisseur, il sera acquitté de l'illicéité de son comportement en forme d'accord de distribution exclusive. Pourtant, si la durée et l'étendue de cet accord dépassent la limite en devenant irraisonnables et injustifiées, l'accord de distribution exclusive tombe dans le champ d'application de la Loi antimonopole.

702. En Chine, la restriction de transaction commerciale concerne souvent les comportements abusifs de l'entreprise publique. L'affaire de l'Administrateur de Funérailles de Guangdong (AFG) et celle de la Poste de Xuzhou de province Jiangsu⁸⁹⁸ sont classées parmi les cas typiques en l'espèce.

Dans l'affaire de Funérailles de Guangdong, l'Administrateur de Funérailles de Zhuhai était l'unique opérateur économique public qui avait été conféré par des

⁸⁹⁸ Le Bureau du Commerce équitable de l'AIC et le Centre de recherche juridique de l'Académie des Sciences sociales de Chine, « Les cas typiques dans le domaine antimonopole et l'enquête dans l'application du droit antimonopole de Chine », Edition du Droit, 2007, pp. 87 et 51.

règlements administratifs locaux le monopole dans la gestion (‘经营’, ‘*jingying*’) des cimetières, c'est-à-dire la gestion d'usage des produits funéraires dans les cimetières qu'il gérait en ville de Zhuhai⁸⁹⁹, puisque jusqu'en 1996, le marché des affaires funéraires n'était pas encore libéralisé. Depuis la construction du premier cimetière de la ville, l'AFG avait imposé des règles à ses clients. Selon ces règles, les clients qui voulaient acheter une fosse dans un des deux cimetières dont l'AFG prit la gestion ne devaient acheter les produits funéraires ou les services funéraires que chez des fournisseurs ou des prestataires désignés par l'AFG.. Pendant l'enquête effectuée par l'AIC locale, l'AFG insistait pour que ses activités fussent dans le champ d'application de la loi et des règlements administratifs locaux. Cependant, l'AIC locale repoussa ce point de vue en concluant que l'AFG déformait la notion de « gestion des cimetières » au sens des Règlements administratifs - local et ministériel - relatifs à la gestion des cimetières⁹⁰⁰ et que les activités actuelles de l'AFG n'étaient pas de la nature de la gestion des cimetières, mais une exploitation profitable de la construction de cimetières et des produits funéraires, et que l'AFG abusait de sa position dominante de la gestion en transgressant l'article 6 de la Loi contre la concurrence déloyale.

La Poste de Xuzhou de province Jiangsu, quant à elle, n'exigeait le paiement des frais de téléphone que par la carte *Mudan* émise par la Banque de l'Industrie et du Commerce. Du mois d'avril 1998 au mois d'août 1998, la Poste avait forcé une ouverture de 8 mille comptes bancaires chez la Banque de l'Industrie et du Commerce. Ce comportement fut sanctionné d'une amende administrative de 50 mille yuans RMB à cause de sa violation à l'article 6 de la Loi contre la concurrence déloyale.

703. En pratique, la restriction des transactions commerciales prend une autre forme, celle de rabais ou de fidélisation des partenaires. Le Tribunal de Première instance des Communautés européennes affirme dans l'affaire *British Airways c/ Commission*, que « *un système de rabais qui a pour effet d'empêcher l'approvisionnement des clients auprès des concurrents sur le marché sera considéré comme étant contraire à l'article 82 traité CE s'il est appliqué par une entreprise en*

⁸⁹⁹ En langue chinoise, le mot ‘经营’, (‘*jingying*’) a deux sens : l'un est la gestion, l'autre désigne l'exploitation aux fins de profits.

⁹⁰⁰ Il existait deux règlements : l'un est le Règlement du Ministère des affaires civiles relative à la gestion des cimetières publics (à titre d'essai) du 25 août 1992, l'autre est les Procédés de la gestion de funérailles de la province de Guangdong du 15 septembre 1994.

position dominante »⁹⁰¹. En principe, l'entreprise dominante a la faculté d'accorder des rabais ou des remises aux clients ; mais ils doivent être objectivement justifiés.

Il convient de noter qu'il est important de distinguer les rabais de fidélité des rabais de quantité, car les premiers tendent « à empêcher, par l'octroi d'un avantage financier, l'approvisionnement des clients auprès des producteurs concurrents. »⁹⁰² L'objet même de ces rabais est de fidéliser une clientèle et d'accentuer la dépendance des clients tout en renforçant la position de force de l'entreprise dominante à l'égard de ses concurrents. L'accès au marché et à la clientèle de l'entreprise dominante, pour les concurrents, se trouve indirectement bloqué en raison de la position de force de l'entreprise dominante, car la dépendance renforcée par l'effet des rabais des partenaires crée une barrière à l'entrée du marché. Cette pratique courante se met sans doute dans le champ d'application de l'article 17 de la Loi antimonopole de 2007, malgré la réticence du texte législatif.

5) La vente liée sous d'autres conditions injustifiées

704. Au sens de l'article 17.5 de la Loi antimonopole de 2007, les pratiques de vente liée ou sous d'autres conditions injustifiées de l'opérateur économique sont prohibées par la loi. Selon l'explication du Groupe du travail législatif du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale⁹⁰³, la vente liée ou sous d'autres conditions injustifiées désigne les pratiques de l'opérateur économique en position dominante dans la transaction du produit ou du service principal avec ses clients d'imposer aux clients à l'encontre de la volonté d'achat des ceux-ci d'acheter un autre produit ou service dont les clients n'ont pas besoin ou d'accepter des conditions injustifiées contre leur volonté. L'opérateur économique joue de sa position dominante sur le marché du produit demandé pour subordonner la vente à l'acceptation des autres produits ou services ou conditions. Il peut, par exemple, accorder des rabais de fidélité calculés sur les achats globaux de la gamme complète de ses produits.

Les ventes liées ou sous d'autres conditions injustifiées ont trois formes principales :

⁹⁰¹ TPICE, 17 décembre 2003, *British Airways c/ Commission*, préc., point 245. Et v. aussi, Cons. Conc., 30 novembre 2004, *Pratiques mises en œuvre par la Poste dans le cadre de son contrat commercial*, n° 04-D-65, BOCC, 31 mars 2005.

⁹⁰² CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, préc., point 90. CJCE, 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission*, préc., points 70-73.

⁹⁰³ *Illustration des articles, du motif de législation et des Règlements corrélatifs de la Loi antimonopole de la République Populaire de Chine de 2007*, op.cit. p.102.

- la vente d'un produit lié à un autre, en terme américain, 'pure bundling', qui désigne que deux biens ou services sont liés et vendus ensemble uniquement, par exemple, la vente de la voiture avec ses équipements ;
- la vente groupée (mixed bundling) : deux biens qui peuvent être achetés individuellement sont vendus ensemble à un prix réduit par rapport au prix des deux produits achetés individuellement ;
- le jumelage ou couplage (tying) : pour acheter un produit ou service X le client doit aussi acheter un produit ou service Y, mais peut aussi acheter Y sans X ; ou pour entrer en relation commerciale avec l'entreprise dominante, le client est obligé d'accepter d'autres conditions injustifiées.

705. Ces pratiques sont celles dont le caractère anticoncurrentiel est, à l'heure actuelle, des plus discutés. Leur appréciation au regard de l'efficacité économique est, en effet, délicate, car elles peuvent réellement être justifiées par des considérations d'efficacité qui concernent l'économie de coûts de transaction, l'assurance quant à la qualité des produits ou leur compatibilité ; quelque-fois, des arrangements de ventes liées sont imposés habituellement pour promouvoir la vente de produits qui se vendent mal, mais ils peuvent aussi être motivés par la volonté de discriminer ou de décourager l'entrée de concurrents sur le marché et d'étendre sa puissance sur un marché différent, créant ainsi un effet de levier qui permet à l'entreprise en position dominante sur un marché donné de s'imposer sur un marché connexe.

L'abus est ainsi caractérisé lorsqu'une entreprise comme Tetra Pack contraint les acheteurs de ses machines à s'approvisionner auprès d'elle en cartons⁹⁰⁴. Le juge communautaire relève que les clauses de ventes liées « *avaient pour objet de renforcer la position dominante de Tetra Pak en accentuant la dépendance économique de ses clients à son égard* ». Il en va de même lorsqu'une entreprise comme Microsoft couple la vente de Windows Media Player avec celle du système d'exploitation Windows pour PC⁹⁰⁵, et lorsqu'un poste d'essence de la filiale de la Compagnie pétrolière de Nanzhou, dans la province de Guizhou, impose, en 2004, à ses clients d'acheter l'essence avec des bidons d'essence qu'il fournit lui-même.⁹⁰⁶

⁹⁰⁴ CICE, 14 novembre 1996, Tetra Pak c/Commission, aff. C.-333/94.

⁹⁰⁵ TPICE, 17 septembre 2007, Microsoft c/Commission, aff. T.-201/04.

⁹⁰⁶ L'affaire avait eu lieu avant la promulgation de la Loi antimonopole de 2007. L'Administration locale de Nanzhou de Guizhou de l'Industrie et du Commerce inflige une amende administrative au poste d'essence infracteur de la loi conformément à l'article 23 de la Loi contre la concurrence déloyale de 1993. La source de

6) Les traitements discriminatoires

706. Lorsque un opérateur économique en position dominante sur le marché parvient à fixer des traitements discriminatoires au profit de certains clients, et au détriment des autres, cela démontre l'incapacité de ces premiers à faire jouer la concurrence et le dépouillement du droit de libre compétition de ces derniers dans le jeu de la concurrence sur le marché.

Cette discrimination peut prendre différentes formes, la plus courante étant le prix discriminatoire sans justification objective. Dans l'affaire de Société SARL gazière et d'essence de Qinghai (SGEQ) de 2003⁹⁰⁷, l'AIC locale de Qinghai constate que la SGEQ applique une stratégie de prix discriminatoires aux clients en les classant en trois niveaux: le prix du gaz accordé à la Compagnie municipale de transports publics est 1.37 yuan RMB par mètre cube, à l'entreprise de transport lourd 1.55yuan RMB, mais aux chauffeurs de taxi, le prix de gaz est entre 1.8 et 2.0 yuan RMB. A la suite de l'enquête, l'AIC locale inflige des sanctions administratives à la SGEQ conformément à l'article 6 de la Loi contre la concurrence déloyale de 1993.

Pour l'heure en Chine, les comportements abusifs en forme de traitement discriminatoire ont eu lieu fréquemment au stade du grossiste. Ils prennent trois formes :

La première est que l'entreprise dominante règle le compte au prix différent après la transaction avec d'autres clients ;

La deuxième, l'entreprise dominante qui a l'activité tant dans le marché grossiste que dans le marché détaillant, vend ses produits au prix à gros aux consommateurs finaux au détriment d'une part des détaillants ;

La troisième, l'entreprise dominante applique la différenciation des prix en fonction des régions différentes à l'encontre des intérêts des partenaires dans la région où se trouvent les prix élevés.

2. *Points communs des articles 17 de la Loi antimonopole et 82 du Traité CE et différences*

707. Aux termes de l'article 82 du Traité instituant la Communauté européenne⁹⁰⁸, les pratiques abusives prohibées par le droit européen de la concurrence en raison de

l'affaire : « Les cas typiques dans le domaine antimonopole et l'enquête dans l'application du droit antimonopole de Chine » de 2007.

⁹⁰⁷ La source de l'affaire : « Les cas typiques dans le domaine antimonopole et l'enquête dans l'application du droit antimonopole de Chine », p.31.

⁹⁰⁸ (102, TFUE) (versions consolidées au JOUE C 321 du 29 décembre 2006 et C115 du 9 mai 2008).

leur incompatibilité avec le marché commun et du fait de la position dominante de leur acteurs peuvent notamment consister à :

- « a) *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;*
- b) *limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;*
- c) *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*
- d) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »*

Dans la perspective comparable, il n'est pas difficile à constater que l'article 82 du Traité CE est la source d'inspiration de L'article 17 de la Loi antimonopole de la République populaire de Chine. Le fait du rapprochement de ces deux articles européen et chinois est d'autant plus remarquable que le législateur chinois n'hésite pas à citer les doctrines européennes et les jurisprudences européennes dans l'ouvrage du Groupe du travail législatif du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale, « Illustration des articles, la Cause de législation et des Règlements corrélatifs de la Loi antimonopole de la République Populaire de Chine de 2007 ».

708. Cependant, les différences entre les deux articles sont aussi remarquables :

Premièrement, en tirant les expériences, législatives et jurisprudentielles de l'Europe, le législateur chinois tente d'une manière audacieuse de donner une notion législative de la 'position dominante'. Cela montre la volonté du législateur chinois de codifier le droit de la concurrence en Chine ;

Deuxièmement, l'article 17 de la Loi antimonopole de Chine est plus précis et plus concret que l'article 82 du Traité CE en ce qui concerne les comportements abusifs prohibés. A titre d'exemple, parmi les comportements abusifs prohibés par la loi chinoise, le prix monopoliste qui désigne la transaction commerciale de « *vendre à des prix de façon non équitable élevés ou acheter à des prix de façon non équitable bas* », est en effet une version restrictive et concrète de l'article 82.1 du Traité CE qui indique que la première catégorie des comportements abusifs consiste à « *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables.*»

Troisièmement, cependant, faute des théories doctrinales découlant des pratiques législatives et d'application de la loi, l'explication et l'analyse de l'article 17 de la Loi antimonopole de Chine paraît maigre, monotone et insuffisante par rapport à la richesse des théories doctrinales européennes accumulées il y a à peu près 60 ans. La naïveté de la législation chinoise due à sa jeunesse ne peut être réparée que par le temps. En ce sens, le développement du droit européen de la concurrence qui faisait ses premiers pas en imitant les expériences américaines se fait un autre bon exemple pour la Chine.

B. Les comportements d'entreprises publiques détenant une position dominante

1. La situation de monopole maintenue par les entreprises publiques en Chine

709. En Chine, la position dominante est souvent le fait d'entreprises publiques titulaires du monopole d'exploitation d'une activité ou attribuées par l'Etat de droits spéciaux ou exclusifs. Ces opérateurs historiques sur un marché qui détenaient, avant l'ouverture de ce marché à la concurrence, un monopole légal n'ont pas encore perdu leur force de marché après l'ouverture du marché à la concurrence découlant de la réforme économique. Cette réalité revient aux caractéristiques de l'entreprise publique.

Pour légale que soit la détention d'un monopole, les pratiques mises en œuvre par ces entreprises publiques en vertu d'un monopole légal actuel ou historique sont susceptibles de constituer des abus de position dominante, si bien que les pratiques abusives d'un monopole ou d'une position dominante sont contrôlées ou interdites par la Loi antimonopole.

1) Notion d' 'entreprise publique'

710. Faute de définition législative d' 'entreprise publique', les juristes chinois tentent de donner une notion doctrinale à celle-ci.

Certains d'entre eux ⁹⁰⁹ inspirés par les dictionnaires juridiques occidentaux concluent que l'entreprise publique est une unité qui *appartient au secteur économique public national ou local*⁹¹⁰ et qui assure au public la prestation de services indispensables à la vie quotidienne tels que le téléphone, l'électricité, l'eau,

⁹⁰⁹ XU Shiyong, *Nouvelle perspective sur le droit de la concurrence*, Edition de l'Université de Beijing, 2006, p.139.

⁹¹⁰ «Vocabulaire juridique de Gérard Cornu ».

etc.⁹¹¹Certains définissent l'entité publique comme entreprise de nature de monopole naturel qui offre la prestation du service public traditionnel à travers le réseau où d'autres installations essentielles, tels que la fourniture d'électricité, de gaz, d'eau et la télécommunication, le transport, la poste, etc.⁹¹²

Bien qu'une définition formellement législative d'«entreprise publique» fasse défaut, il existe une définition réglementaire dans le «Règlement sur l'interdiction des comportements restrictifs à la concurrence des entreprises publiques» publié par l'AIC en décembre 1993, qui dispose que l'entreprise publique est un «*opérateur économique qui appartient aux secteurs publics tels que l'approvisionnement en eau, en gaz, en électricité et en combustible, et en chauffage, la poste et les services publics des transports et des communications.*»

711. La dualité de statut juridique est une spécialité de l'entreprise publique en Chine.

L'entreprise publique chinoise garde toujours la trace du régime planifié même si elle affronte la vague des privatisations dans la réforme économique depuis 1978. D'un côté, pour s'adapter à la réforme de l'économie du marché, elle adopte le système de gestion économique du marché de société, étant, au sens du droit civil, acteur économique du commerce de l'eau, du gaz, de l'électricité, ainsi que du transport aérien, ferroviaire et routier et du service postal et de la télécommunication ; d'un autre côté, ayant été dotée de la compétence de l'administration et de la régulation dans les secteurs où elle se trouve, en tant qu'administrateur de secteur, elle est sujet de droit administratif.

En tant que sujet de droit civil, elle risque de restreindre la concurrence sur le marché en profitant de sa force de monopole par ses pratiques économiques abusives. Comme sujet de droit administratif, ses réglementations peuvent constituer des obstacles à la concurrence libre sur le marché.

2) Les comportements abusifs des entreprises publiques

712. Il convient de classer les comportements abusifs des entreprises publiques en deux catégories en fonction de la dualité de statut juridique de celle-ci, à savoir les pratiques économiques abusives et les réglementations ayant nature de restreindre la concurrence.

⁹¹¹ Brayon A. Garner, *Black's law Dictionary*, Edition West Group, 2004, ISBN 0-314-15199-0.

⁹¹² YOU Quanyong (dir.), *Recherche comparée sur le droit antimonopole*, Edition du Tribunal populaire, 2006, p.323. v. KONG Xiangjun, *Théories du droit antimonopole*, Edition du Système juridique, p.762.

Dans la liste des pratiques abusives courantes effectuées par les entreprises de service public, s'énumèrent la fixation du prix monopoliste qui peut être soit le prix d'achat excessivement bas, soit le prix de vente excessivement élevé, soit la combinaison de ces deux stratégies de prix, le refus d'entrer en relation commerciale et de vendre sans justification objective, la restriction des transactions commerciales, l'imposition de conditions injustifiées dans la transaction, la vente liée ainsi que les discriminations. Il est permis de donner quelques exemples pour illustrer certaines pratiques abusives :

713. Le prix de vente excessivement élevé est la pratique la plus courante et la plus répandue par presque toutes les entreprises publiques. L'entreprise publique la plus critiquée par le peuple chinois est le Groupe China Mobile (GCM) qui, détenant des infrastructures essentielles du secteur de la poste et des télécommunications, a adopté depuis sa création le 20 avril 2000 une stratégie de fixation de prix aux fins de profits exorbitants. Son fameux régime de prix se scinde en deux parties, d'abord, les frais d'installation de communication mobile doivent être acquittés obligatoirement à la fin de chaque mois par l'utilisateur de téléphone mobile pour que son mobile soit toujours en connexion de service; ensuite, les scandaleux doubles frais qui exigent que pour un appel mobile, la personne qui émet l'appel doit payer les frais d'appel tandis que le destinataire lui aussi doit payer les frais de réception. Cette situation a été finalement mise en cause par un avocat à Beijing qui intente un procès contre le GCM devant la Cour populaire de première instance de Dongcheng Qu de Beijing, celle-ci a entamé, au 30 mars 2009 le procès qui est encore en cours.⁹¹³

714. Quant au refus d'entrer en relation commerciale ou de vente sans justification, il illustre deux aspects du monopole des entreprises publiques, l'un est l'abus de la position dominante de ces entreprises publiques au sens juridique, l'autre, la corruption des dirigeants des entreprises publiques du point de vue moral. Ainsi a été significatif l'événement de la coupure de courant électrique à l'Hôtel-Restaurant Yintian (HRY) de la municipalité de Liuyang dans la province Hunan. Le 31 juillet 2006 était le jour de l'ouverture de l'HRY, le premier hôtel construit au niveau de qualité de cinq-étoiles par un apport de 150 millions yuan RMB dans la municipalité de Liuyang. A 20 heures 40, heure de l'ouverture, où affuaient convives et visiteurs dans une ambiance de fête, l'HRY s'enfonça tout à coup dans le noir. Une coupure de

⁹¹³ ZHOU Ze c/ China Mobile, site : <http://blog.sina.com.cn/zhouze>. 2009-01-27.

courant électrique imprévues et qui dure jusqu'au lendemain. Tous les mets préparés pour le dîner d'ouverture devrent être jetés en cause de la chaleur caniculaire. La cérémonie d'ouverture était complètement gâchée. L'HRY donc porte plainte devant l'AIC locale. Après enquête menée par l'AIC locale, deux responsables de cette coupure de courant électrique sont trouvés, l'un est le secrétaire général du comité du parti communiste du Département de l'énergie électricité de la Municipalité de Liuyang, l'autre est le vice directeur de celui-ci. La seule raison de la coupure de courant électricité pour eux est qu'ils n'ont pas reçu de la part de l'HRY d'invitation à la cérémonie d'ouverture. Tous deux ont été destitués par la décision administrative du gouvernement local de Liuyan sous la pression de la masse populaire.⁹¹⁴

715. Souvent, au lieu de prendre une seule forme, l'abus de position monopole des entreprises publiques est la combinaison de plusieurs comportements abusifs. C'est le cas de l'affaire Compagnie d'Eau du district Nayong (CEN) dans la province Guizhou⁹¹⁵.

En mai 2005, la CEN exige de chaque foyer dans le district de payer 100 yuans pour installer ou changer le compteur d'eau fabriqué par le producteur qu'elle a désigné. Pourtant le prix du marché d'un compteur d'eau de ce producteur n'est que 28 yuans. De plus, avant l'installation universelle du compteur d'eau, les frais d'abonnement d'eau par foyer sont de 10 yuans par mois sans compter le nombre de membres de la famille, mais après la campagne d'installation du compteur d'eau, la CEN ajuste sa stratégie de fixation de prix d'eau qui suit les critères suivants : 12 yuans par mois pour un foyer de 3 personnes ou moins, ensuite, sur cette base, 3 yuans supplémentaires pour chaque personne supplémentaire au foyer, par exemple, si une famille a 5 membres, elle doit payer 18 yuans pour l'eau chaque mois ; enfin, les frais minimum des foyers qui ont des toilettes ou une salle de bains sont de 22 yuans. Les critiques et les plaintes de la masse déclenchent l'enquête administrative de l'AIC locale, la CEN a été frappée de sanctions administratives en raison de l'infraction à la Loi sur les intérêts des consommateurs et à la Loi sur les prix. Au regard de la Loi antimonopole de 2007, l'abus de monopole de la CEN est imputable à son adoption du prix excessivement élevé, de vente liée, de la restriction des

⁹¹⁴ ZHOU Yu, *Recherches sur le droit antimonopole*, Edition de la Science sociale de Chine, 2007. pp.97-98.

⁹¹⁵ JING Maozhong, *Réflexion sur la réforme et le contrôle juridique dans le secteur de monopole naturel*, <http://study.feloo.com/lunwen/wenke/faxue/200507/98618.html>, 2007-4-2.

transactions commerciales en forme du contrat d’approvisionnement exclusif et du traitement discriminatoire.

716. En ce qui concerne les obstacles réglementaires de la part des entreprises publiques à la libre concurrence sur le marché, il y a tout lieu d’envisager les effets négatifs des réglementations dans les secteurs de services publics.

En premier lieu, la réglementation peut avoir pour effet d’encourager, voire de prescrire une conduite ou des conditions qui seraient par ailleurs en violation de la loi sur la concurrence, par exemple, en permettant une coordination en matière de prix ou une répartition territoriale du marché, c’est la cas des réglementations dans le secteur de l’électricité. En 1998, plusieurs règlements de réforme sur l’institution des sociétés d’électricité au niveau provincial constituent la cause véritable de la répartition du marché national en le cloisonnant en de nombreux petits marchés régionaux au point que le groupe de réforme du secteur d’électricité a été créé par l’exhortation de l’ex-premier ministre ZHU Rongji en espérant changer la situation anticoncurrentielle.⁹¹⁶ Le résultat est que le Projet de réforme du de secteur d’électricité a vu son jour le 12 avril 2002, pourtant, celui-ci a pour effet d’améliorer l’ancienne situation, mais n’a pu résoudre le problème de fond.

En deuxième lieu, la réglementation dans les monopoles naturels a pour but de préserver les positions de force sur le marché, en fixant des prix et en contrôlant l’entrée et l’accès au marché. C’est le cas de la réglementation de réforme concernant l’introduction du mécanisme de concurrence dans le secteur de télécommunication, qui en effet, au lieu de libérer le secteur et de faire entrer les nouveaux intervenants, établit la position de monopole de Chine Mobile qui procure un profit exorbitant de 10 millions de yuan RMB par jour⁹¹⁷ par la stratégie de fixation de prix en double frais pour un appel.

En troisième lieu, la réglementation du secteur a tendance à remplacer le droit ou la politique de la concurrence. La coordination et les abus dans une branche d’activité peuvent être évités par la réglementation et les organes chargés de la réglementation. Par exemple, la réglementation peut fixer des normes de concurrence loyale. Toutefois, différents organes chargés de la réglementation peuvent appliquer des normes distinctes et des changements ou des différences dans leurs secteurs respectifs. Pour l’heure, le travail le plus épineux pour les trois autorités compétentes

⁹¹⁶ ZHOU Yu, *Recherches sur le droit anmonopole*, op.cit. p.104.

antimonopolistes de Chine est de coordonner et négocier avec les Administrations sectorielles pour que leur compétence d'appliquer la Loi antimonopole soit reconnue de fait par ces dernières.

De ce qui précède, il est vrai que la réglementation dans les secteurs de service public constitue souvent la cause profonde des comportements abusifs concrets des entreprises publiques disposant des droits exclusifs ou ayant le monopole sur le marché. C'est la question du temps de subordonner la politique ou les réglementations de l'industrie sectorielle sous la surveillance de la Commission antimonopole de Chine. Après tout, la première grande enjambée ayant été effectuée, les comportements abusifs des entreprises chargées du service public tombent dans le champ d'application de la Loi précitée.

2. *Contrôle juridique des comportements abusifs d'entreprises publiques par la Loi antimonopole*

717. Les branches de services d'infrastructure sont soumises aux règles de concurrence dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie, car elles risquent de ne pas être compétitives lorsqu'il existe des restrictions réglementaires à la concurrence pour l'activité en cause. Leurs comportements risquent donc d'être abusifs au détriment du jeu de la concurrence sur un marché libre et des intérêts des consommateurs.

S'agissant des pratiques économiques abusives des entreprises publiques, l'article 17 de la Loi antimonopole de 2009 est applicable aux entreprises de service public au regard de l'article 7 alinéa 2 de la loi précitée qui souligne que les acteurs économiques publics en régie ou en monopole sont tenus de respecter la loi dans leurs activités économiques et le principe d'honnêteté et de bonne foi, et d'être auto disciplinés. En acceptant la supervision de masses sociales, ils doivent s'abstenir de se prévaloir de leurs positions dominantes ou leurs droits exclusifs pour que les intérêts des consommateurs ne soient pas lésés.

La Loi précitée établit aussi un régime juridique du contrôle des comportements abusifs des entreprises publiques en sept articles. Ce régime de contrôle comprend différents aspects que sont l'imputabilité, l'exemption, la délimitation et la

⁹¹⁷ Le Rapport de comptable de 2008 de Groupe Chine Mobile. Sur le site de Chine Mobile : <http://10086.cn/>

présomption des abus de position dominante, ainsi que la responsabilité des abus de position dominante des entreprises publiques.

Les articles 12 et 6 portent sur l'imputabilité des abus de position dominante des entreprises publiques qui figurent parmi les opérateurs économiques visés par la loi puisque, selon les termes de l'article 12. Il s'agit du champ d'application de la loi précitée, et qu'on entend par «opérateur économique» toute personne physique, morale ou toute autre organisation ayant pour activité la production ou le commerce de biens ou la prestation de services, car l'effet des abus de la position dominante est d'éliminer ou restreindre la concurrence sur le marché pertinent (art.6).

L'interdiction de se prévaloir de la position dominante ou exclusive des entreprises du service public, en régie ou en monopole pouvant léser les intérêts des consommateurs est soulignée de manière répétitive dans l'article 7 alinéa 2. Outre cette interdiction, quelques exigences sont formulées à l'adresse de ces opérateurs économiques par le même texte, telles que le respect du principe d'honnêteté et de bonne foi, ou en nécessité d'être auto-disciplinés.

718. S'agissant de l'exemption, l'article 7 alinéa 1 accorde la dérogation de l'application de la loi précitée sous trois conditions : la première est que l'entreprise d'Etat ou l'entreprise en régie ou en monopole statutaire qui détient une position dominante constitue une source vitale pour l'économie et la sécurité nationales ou réalise des opérations commerciales exclusives de production ou de distribution de par la loi ; la deuxième est que le comportement présumé abusif de celle-ci dans l'accomplissement de sa mission impartie ne nuit pas aux intérêts des consommateurs; la troisième condition concerne le progrès technologique promu dans la mission conférée.

Quant à la délimitation et la présomption de l'abus de position dominante, les articles 17, 18 et 19 sont applicables tant aux entreprises publiques qu'aux autres opérateurs économiques (personne physique, morale) ou organisations ayant pour activité la production ou le commerce de biens ou la prestation de services.

En ce qui concerne la responsabilité juridique, une entreprise publique qui abuse de sa position de monopole ou dominante sur le marché pertinent, sera frappée d'une amende de 1% à 10% du chiffre d'affaires réalisé l'année précédant la décision, si l'injonction administrative de la cessation du comportement abusif ou la confiscation des gains illicites est insuffisante pour dissuader les abus (l'article 47).

Section 2 Le contrôle des ententes

719. Les ententes constituent l'une des deux grandes catégories de pratiques anticoncurrentielles. A la différence des abus de position dominante qui est le fait d'une seule entreprise ou de plusieurs opérateurs économiques agissant comme une seule entité, les ententes procèdent de l'accomplissement d'un acte bilatéral voire multilatéral de plusieurs entreprises qui s'accordent entre elles ou avec un tiers sur un marché. A l'instar des abus de position dominante, les ententes ne sont caractérisées qu'en présence d'une restriction de concurrence corrélative sur le marché.

Par principe, les ententes sont prohibées dans tous les grands systèmes juridiques. Pour autant, au lieu de se dérober à ce courant des pratiques législatives et jurisprudentielles en l'espèce, le système juridique chinois se calque bel et bien sur les systèmes juridiques occidentaux, en particulier celui de l'Union européenne. Ainsi, notre analyse du contrôle des ententes en droit chinois suit la structure de la plupart des ouvrages de l'Union européenne sur les ententes, particulièrement des ouvrages français. Elle commence par l'étude des principes de prohibition et d'exemption des ententes (§1) et finit par l'illustration des formes principales d'ententes (§2).

Si l'on rapproche les dispositions du traité de la CE et de la Loi antimonopole en Chine sur les ententes, on constate qu'elles comportent les trois mêmes types de règles : elles prohibent en principe les ententes anticoncurrentielles (article 81.§1 du traité de la CE, articles 13 et 14 de la Loi antimonopole de 2007), elles édictent la nullité de plein droit des accords, conventions...qui se rapportent à une entente (art.81 paragraphe 2, articles 13 et 14 de la Loi antimonopole de 2007 employant l'expression 'prohiber tout accord monopoliste' qui indique la nullité de plein droit de ces accords) ; elles prévoient la possibilité de justification des ententes, par dérogation au principe de prohibition (article 81.§3 du traité CE, article 15 de la Loi antimonopole en Chine).

§1. Les principes de prohibition et d'exemption des ententes

720. La rigueur du principe d'interdiction des ententes est atténuée lorsque le bilan concurrentiel et/ou économique de l'entente est positif. Donc, le principe de prohibition des accords monopolistes (I) admet des limites qui sont le principe des exemptions des ententes (II).

I. Les principes de prohibition

721. Quelques notions essentielles (A) et théories juridico-économiques dans l'analyse de l'effet anticoncurrentiel d'une entente (B) seront abordées.

A. Notions

1. Définition des accords monopolistes

1) Appellation des ententes anticoncurrentielles

722. L'appellation d'une entente anticoncurrentielle varie selon les pays ou les régions économiques. Aux Etats-Unis, la section 1 du Sherman Act interdit tout contrat, toute association de trust ou toute conspiration restreignant le fonctionnement normal du commerce entre les Etats de l'Union ou avec les pays étrangers⁹¹⁸, tandis qu'en droit européen, une entente interdite peut désigner tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Le terme 'entente' est en effet une spécialité du droit français. Elle est apparue dans l'article L420-1 du Code de commerce qui prohibe les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché. *«Le terme d'entente évoque un accord. Mais le choix de ce vocable s'explique certainement par le fait que l'entente entre entreprises ne prend pas nécessairement cette seule forme d'un accord...L'entente traduit une compréhension, une intelligence, dont les mots ne sont pas le véhicule nécessaire.»*⁹¹⁹

723. Le défaut d'appellation commune et universelle de l'entente concurrentielle donne au législateur chinois une marge de manœuvre pour nommer et définir la conduite anticoncurrentielle d'entente entre des opérateurs économiques ou avec des tiers sur un marché. Le chapitre II de la Loi antimonopole de 2007 est ainsi intitulé *« Accords monopolistiques »* ('垄断协议', 'longduan xieyi'). L'intention du législateur chinois dans le choix du terme d'accord est bien claire, comme l'étymologie

⁹¹⁸ Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.

⁹¹⁹ Maire-Anne FRISON-ROCHE, Maire-Stéphane PAYER, *Droit de la concurrence*, op.cit. p.147. La terminologie française 'entente' devient donc une appellation doctrinale et générale qui *«désigne toute collusion entre entreprises indépendantes ayant pour objet ou pour effet d'éliminer, de restreindre ou de fausser la concurrence sur le marché.»* v.aussi Valérie PIRONON, op.cit. p.53.

l'indique. L'accord ('协议', 'xieyi') est une appellation générale pour désigner le contrat, la convention ou toute autre concertation entre les opérateurs économiques. Ainsi, dans les études doctrinales chinoises, les termes d'«accords monopolistiques», «collusions», «conspirations», «ententes», ou «concertations» sont substituables.

2) Définition des «accords monopolistes» en droit chinois

724. Ni le droit américain, ni le droit communautaire ne consacre un texte définitif à la notion d'entente ou d'une appellation quelconque susdite. Les textes américain, européen ou encore français caractérisent l'entente prohibée, de manière analogue, par deux éléments : « *d'une part, des accords, décisions d'associations d'entreprises...pratiques concertées* », « *contrat, conspiration* » ou des « *actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions* », autrement dit toute manifestation de la volonté d'entreprises de s'entendre; d'autre part, « *l'objet* » ou « *l'effet* » de cette entente, qui est « *d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* », ou « *restraint of trade* », autrement dit l'atteinte à la concurrence.»⁹²⁰

La Loi type sur la concurrence des Nations Unies⁹²¹ a essayé de donner une définition de l'entente. Selon le texte de la Loi type, « *L'entente est un concours de volontés entre entreprises suffisamment indépendantes les unes des autres pour pouvoir décider de manière autonome de leur comportement sur le marché. Si elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur un marché, elle sera interdite par la loi.*»⁹²²

725. Face aux innombrables jurisprudences américaines et européennes et études analytiques doctrinales sur les pratiques anticoncurrentielles des deux côtés de l'Atlantique, n'ayant rien à craindre, le législateur chinois a nommé et défini l'entente de sa propre manière sans ambages et sans états d'âme. Selon le texte de l'article 13 §2 de la Loi antimonopole de 2007, « *Les accords monopolistiques prévus par la présente loi désignent les accords, décisions ou toutes autres actions concertées qui éliminent ou restreignent la concurrence.*»

⁹²⁰ André DECOCQ, Georges DECOCQ, *Droit de la concurrence : Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 3^e édition, 2008. p.302.

⁹²¹ Sources : Commission européenne, OCDE, CNUCED et OMC. Voir Loi Type sur la Concurrence des Nations Unies, Genève 2007, p.19.

⁹²² Voir aussi la définition donnée par Emmanuelle Claudel et Marie-Chantal Boutard Labarde, *Les ententes anticoncurrentielles*, in *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J. 2008. p. 63. Selon eux, « la qualification d'entente suppose l'existence d'un concours de volontés émanant d'entreprises qui disposent d'une autonomie de décision relativement à leur comportement sur le marché. Les formes empruntées par ce concours de volontés, au demeurant très nombreuses, sont indifférentes ».

Si l'on examine ce texte de plus près au regard de l'article 2 sur le champ d'application de la loi précitée qui couvre toutes *les pratiques monopolistiques ayant pour effet d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché chinois (sic)*, et de l'article 3 qui énumère trois catégories de pratiques monopolistiques dont l'une a trait aux *accords monopolistiques conclus entre acteurs économiques (sic)*, une définition plus complète peut être tirée de ces trois articles : en tant que pratiques monopolistiques, les accords monopolistiques dans le champ d'application de la Loi antimonopole en Chine désignent tous accords, toutes décisions ou toutes autres actions concertées entre opérateurs économiques autonomes, qui éliminent ou restreignent, ou ont pour l'effet d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché chinois. Ainsi donc se rapprochent la définition législative des accords monopolistiques et la notion doctrinale européenne de l'entente, une nuance insignifiante persistant à propos de l'appellation de l'acteur de ces actes qui est l'opérateur économique en droit chinois et l'entreprise en droit européen.

Sur la base d'une même définition, les analyses doctrinales des éléments constructifs d'ententes ou d'accords monopolistiques ne pourraient pas s'éloigner l'une de l'autre.

2. Les éléments constitutifs de l'accord monopoliste

726. «Pour être condamnée, l'entente suppose une concertation entre plusieurs entreprises et une atteinte au marché.»⁹²³

Ainsi trois éléments sont indispensables pour déterminer une entente anticoncurrentielle ou un accord monopoliste au sens de la Loi antimonopole :

1) Élément concernant le participant à l'accord monopoliste

727. L'entente est une collusion ou une action concertée entre opérateurs économiques. La pluralité d'opérateurs économiques est sous-entendue. La pratique anticoncurrentielle est donc imputée à plusieurs opérateurs économiques. Le statut juridique de l'acteur d'une pratique anticoncurrentielle importe peu dans l'imputabilité de l'opérateur économique d'une entente. Ce qui importe, c'est l'autonomie économique des participants à l'accord monopoliste.

L'autonomie des participants à une entente traduit d'abord l'exigence que l'entente soit une coalition entre des entités économiques capables d'entrer en concurrence l'une avec l'autre. Elle peut se manifester par un accord entre des agents

⁹²³ Marie Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 4^e éditions Dalloz, 2008.p.219.

qui ne se font pas concurrence, et qui n'interviennent pas à un même niveau de la chaîne commerciale, tel est le cas de l'accord vertical. Dans ce cas, un accord monopoliste interdit par la Loi antimonopole ne peut être constitué qu'entre opérateurs économiques suffisamment indépendants les uns des autres pour se comporter sur le marché de façon autonome.

La question de l'indépendance se pose principalement dans le cas des relations entre entreprises appartenant à un même groupe, relations entre une société mère et sa filiale ou entre sociétés filiales d'une même société mère. Il est acquis que les accords ou concertations entre sociétés appartenant à un même groupe échappent en principe à l'application du droit de la concurrence, si celles-ci ne disposent pas de leur autonomie de gestion et de leur liberté commerciale.

2) Élément concernant l'intention des participants à un accord monopoliste

728. Puisque l'accord monopoliste est imputable à plusieurs entreprises, la qualification d'accord monopoliste suppose l'existence d'un concours de volontés émanant d'opérateurs économiques qui disposent d'une autonomie de décision relative à leur comportement sur le marché⁹²⁴. En d'autres termes, les participants à un accord monopoliste doivent tous avoir la volonté de s'entendre, de se colluder et de se concerter sur un objet commun à la condition que cet objet soit en lui-même restrictif de concurrence ou que sa réalisation soit susceptible de restreindre la concurrence sur le marché.

Cette volonté doit être relative au comportement des entreprises sur le marché. Il doit s'agir d'une volonté libre et il n'y a pas d'accord imputable à celui qui a agi sous la contrainte.

Cependant, le concours de volontés entre entreprises participantes d'une entente est une notion protéiforme⁹²⁵, car son existence n'exige pas une véritable convention ou un contrat au sens du droit des obligations, ni une décision prise en commun. Il suffit d'une adhésion consciente à un comportement collectif. Les formes prises par ce concours de volontés sont donc indifférentes. Selon les pratiques des autorités compétentes de la concurrence européennes, les formes prises par le concours de

⁹²⁴ TPI 24 octobre 1991, *Petrofina c/Commission*, aff. T-2/89. Le Tribunal de première instance de Communauté européenne statuait que «pour qu'il y ait accord, au sens de l'article 85 (81) du Traité CEE, il suffit que les entreprises aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée.»

⁹²⁵ C. Grynfoegel, *Le concours de volontés entre entreprises, une notion protéiforme en droit communautaire des ententes*, RJDA 2005, p.551.

volontés entre entreprises sont très variées ; il s'agit d'un ensemble de preuves directes ou indirectes, expresses ou tacites de la volonté de s'entendre.

3) Élément concernant l'effet d'une entente anticoncurrentielle

729. Rappelons-nous que les articles 2, 3, 13 et 14 de la Loi antimonopole visent les accords monopolistes «*qui éliminent ou restreignent la concurrence*» ou «*ont pour effet d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché chinois*», comme l'article 81 du Traité de la CE qui vise les ententes «*qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* ». Ces textes soulignent le rapport entre une entente et son effet négatif sur la concurrence dans l'imputabilité des opérateurs de l'infraction à la loi. «*Ce rapport est alternatif. Pour tomber sous le coup de la prohibition, il suffit que l'entente ait soit pour objet, soit pour effet, de porter atteinte à la concurrence.*»⁹²⁶

L'étude du lien de causalité entre un accord monopoliste et la restriction de concurrence en Chine ne suscite pas beaucoup de discussions. Il existe un acquiescement tacite à la doctrine européenne dans le milieu des praticiens du droit chinois.⁹²⁷ Ceux-ci sont ainsi invités à tirer la quintessence de la doctrine européenne pour inspirer les pratiques des autorités compétentes chinoises en matière de lien de causalité entre une entente et son effet d'atteinte à la concurrence.

«La jurisprudence européenne établit une distinction, du point de vue des conditions de la prohibition, entre les ententes qui ont pour objet une atteinte à la concurrence et celles qui ont seulement pour effet une telle atteinte. Elle déclare que 'la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue, dès lors qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence'. Ainsi, une entente dont l'objet est anticoncurrentiel peut être déclarée illicite sans avoir reçu d'application. Et cela vaut non seulement pour un accord ou une décision d'association d'entreprise, mais encore pour une pratique concertée. En l'absence d'objet anticoncurrentiel, un accord, une décision ou une pratique entre dans le champ d'application de l'article 81.§1 en raison de leur seul effet anticoncurrentiel. Il n'est pas nécessaire, pour autant, que l'entente ait reçu une application. L'article 81 ne limite pas une telle appréciation aux seuls effets actuels

⁹²⁶ André DECOCQ, Georges DECOCQ, *Droit de la concurrence : Droit interne et droit de l'Union européenne*, *op.cit.* p.302.

⁹²⁷ SHANG Ming (dir.), *The theory of Chinese Anti-Monopoly Law and Practice*, Edition de l'Université de Beijing, p.54. V. aussi, WANG Xiaoye (dir.), *Recherches sur le droit de la concurrence*, Edition de China Legal Publishing House, 2000. pp.209,210.

mais celle-ci doit également tenir compte des effets potentiels de l'accord sur la concurrence dans le marché commun.»⁹²⁸

En somme, il n'est pas nécessaire de démontrer que l'entente a concrètement perturbé le libre jeu de la concurrence. Il suffit d'une potentialité d'effet.

Pourtant, la question s'est posée de savoir si les accords anticoncurrentiels d'importance mineure qui ont pour objet ou pour effet de restreindre et fausser la concurrence doivent nécessairement tomber sous le coup de la prohibition du droit de la concurrence. Sur cette question, l'Union Européenne a inventé sa propre théorie doctrinale pour évaluer l'effet anticoncurrentiel des ententes, celle du seuil de sensibilité qui va de pair avec les deux théories traditionnelles américaines, à savoir la règle de raison, et la règle d'interdiction *per se*.

B. Les théories juridico-économiques dans l'analyse de l'effet anticoncurrentiel d'une entente prohibée par la loi

1. La règle de raison et la règle d'interdiction per se

1) La règle de raison

730. Les milieux juridiques chinois se sont aussi intéressés à la règle de raison comme leurs homologues européens. Sans exception, presque tous les ouvrages chinois relatifs au droit de la concurrence ont consacré quelques pages à la règle de raison en citant sans cesse les jurisprudences américaine et européenne.

Cette fameuse règle a été conçue par la jurisprudence américaine pour atténuer la grande rigidité des textes antitrust américains du Sherman Act de 1890 qui imposent des principes d'interdiction sans possibilité d'exemption, c'est-à-dire la règle d'interdiction *per se*. Poussés par des économistes préconisant une stricte limitation de l'interventionnisme judiciaire, les tribunaux fédéraux ont été invités dans l'affaire *Standart Oil* de 1911 à apprécier si une entente restrictive pouvait néanmoins avoir un bilan positif pour la concurrence. En autres termes, lorsqu'une restriction de concurrence s'analyse comme l'accessoire d'une opération licite (par exemple la création d'un réseau de distribution), son interdiction suppose l'analyse de ses effets réels. Schématiquement, il s'agit de faire la balance entre l'objet ou l'effet anticoncurrentiel de la clause litigieuse et l'effet pro-concurrentiel du contrat qui la contient. C'est la règle de raison.

⁹²⁸ André DECOCQ, Georges DECOCQ, op.cit. pp.322-323.

Admise dans le droit de certains Etats membres de l'Union européenne, dont la France, la règle de raison en droit communautaire a fait l'objet de controverses en Europe⁹²⁹. Elle a finalement été condamnée par le TPICE dans son arrêt *Métropole*⁹³⁰ du 18 septembre 2001, dans lequel celui-ci réfute l'existence d'une règle de raison en droit communautaire de la concurrence. Pour le TPICE, l'existence d'une telle règle est « *difficilement conciliable avec la structure normative de l'article 81.* » Certes, la mise en œuvre de l'art.81 §1 suppose la prise en compte du contexte de la clause mais « *ce n'est que dans le cadre précis de l'art.81§3 du traité que la mise en balance des aspects pro et anticoncurrentiels peut avoir lieu* » (pt.74).

La raison de ce refus de la TPICE est simple, car dans le système communautaire qui, à la différence du système américain, ne prévoit pas d'interdiction *per se* des ententes – puisque leur objet ou leur effet anticoncurrentiel doit nécessairement être établi – et admet dans le même temps la dérogation de l'interdiction de la loi au moyen de l'exemption de l'article 81.§3 du traité, la règle de raison ne saurait en effet trouver sa place.

La méthode d'analyse effectuée par les juridictions communautaires est plus étendue. Il ne s'agit pas de réaliser un bilan concurrentiel mais de prendre en compte l'ensemble des circonstances de fait et de droit pour déterminer si l'accord litigieux, envisagé dans son contexte, est véritablement nuisible à la concurrence. Dans l'affirmative, le bilan des avantages et des inconvénients d'un accord anticoncurrentiel n'interviendrait pas au stade de sa qualification d'entente illicite mais au stade de son éventuel rachat par voie d'exemption⁹³¹.

2) La règle d'interdiction *per se*

731. Même si la règle de raison a pour but d'atténuer la rigueur de l'application de Sherman Act, cela ne veut pas dire que la règle *per se* perd sa place dans l'application de la loi. Les inconvénients de l'analyse de la règle de raison, tels que l'imprévisibilité juridique des actions présumées illicites pour ses auteurs, la

⁹²⁹ Dans l'arrêt Metro, (CJCE, 25 octobre 1977, métro, aff. C-26/76 ; GAJC préc., n°27, p.280.), l'arrêt Pronuptie (CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia, aff. C-161/84.) et l'arrêt Remia (CJCE, 11 juillet 1985 (Remia c/Commission, aff. C-42/84.) la Cour de justice valide les clauses litigieuses aux motifs que malgré leur objet restrictif de concurrence, elles sont nécessaires et proportionnées à la réalisation d'une opération économique qui est non seulement licite mais, bien mieux, de nature à maintenir ou renforcer la pression concurrentielle. C'est en cela que certains auteurs ont pu y voir une règle de raison. Cette interprétation pourtant été sévèrement critiquée.

⁹³⁰ TPICE, 18 septembre 2001, Metropole Television, aff. T. 112/99, Rec. V. égal. Laurence IDOT, Introduction de la troisième conférence de la Cour de Cassation de 2004 sur le thème 'L'application du droit de la concurrence et ses exemptions.

⁹³¹ Valérie PIRONON. op.cit. p.69.

complicité de l'application de la loi et la marge de manœuvre élargie pour l'autorité compétente justifient la co-existence de la règle de raison et la règle *per se*⁹³². Le coût et l'imprévisibilité de l'analyse fondée sur le bilan concurrentiel ont vite conduit la jurisprudence américaine à s'en dispenser au profit du recours à des interdictions *per se*. L'utilisation de la règle de raison devenait inutile dès lors que les juges disposaient d'une pratique suffisante pour déterminer avec certitude si tel ou tel type d'accord comportait potentiellement des restrictions déraisonnables. La restriction doit dès lors être considérée comme interdite *per se*. Le recours aux interdictions *per se* a au demeurant, pour effet d'accroître la force dissuasive du droit, d'abord en augmentant la probabilité pour un plaignant (y compris le gouvernement américain) d'avoir gain de cause en cas de contestation d'un contrat donné et, ensuite, en réduisant de manière significative le coût des procédures.

La règle d'interdiction *per se* vise des restrictions de concurrence considérées *a priori* comme graves, des ententes injustifiables, des restrictions caractérisées ou *hard core cartels*, par exemple, certaines pratiques conduisant à entraver la liberté tarifaire ou à cloisonner des marchés. Si l'application de la règle de raison est exclue du droit communautaire, la règle d'interdiction *per se* entre dans les règlements communautaires d'exemption ou dans la communication sur les accords d'importance mineure de 2001 qui adoptent une liste noire de « restrictions caractérisées » dont l'objet est anticoncurrentiel. Dans cette liste noire sont énumérées des restrictions « flagrantes » portant atteinte à la concurrence au sens de l'article 81.1 du traité, même si les seuils de sensibilité en parts de marché ne sont pas franchis. Horizontalement, les « restrictions flagrantes » sont celles qui ont pour objet de fixer les prix de vente aux tiers, de limiter la production ou les ventes ou de répartir les marchés ou les clients. Dans les accords verticaux, ce sont les clauses fixant un prix minima de revente, ou celles qui limitent les possibilités de revente du distributeur.

Les travaux de l'OCDE partagent cette vision systématique en définissant les « ententes injustifiables » comme étant « *un accord anticoncurrentiel, une pratique concertée anticoncurrentielle ou un arrangement anticoncurrentiel entre concurrents visant à fixer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou des quotas à la production, ou à partager ou diviser des marchés par répartition*

⁹³² SHANG Ming (dir.), p.68.

de la clientèle, de fournisseurs, de territoires, ou de lignes d'activités. »⁹³³ L'OCDE envisage même une pénalisation avec emprisonnement de ces comportements considérés graves et nocifs, comme aux Etats-Unis⁹³⁴.

Cependant, l'évolution 'juridico-économique' a conduit à abandonner ou à vider de leur substance la plupart des interdictions *per se*, car il est difficile de prévoir les effets des ententes sans une minutieuse prise en compte du contexte dans lequel elles s'inscrivent, et « *des juridictions ont fini par refuser d'assimiler par avance certains accords à des violations per se de la libre concurrence.* »⁹³⁵ La communication européenne de 2001 précise que même en présence de l'une de ces restrictions 'flagrantes', l'article 81 est inapplicable si les accords litigieux n'affectent les marchés en cause que de manière insignifiante en raison de la faible position qu'occupent les parties intéressées sur ces marchés, car il n'y a pas alors d'impact sur le commerce entre Etats membres. D'où la théorie du seuil de sensibilité.

2. La théorie du seuil de sensibilité

732. La théorie du seuil de sensibilité est une invention du droit européen de la concurrence en contrepartie du rejet de la règle de raison dans l'application de l'article 81 du traité CE.

Mais, comme la règle de raison, la théorie du seuil de sensibilité procède de l'idée selon laquelle toute atteinte à la concurrence sur le marché n'est pas interdite et qu'il convient de déterminer un degré de concurrence juridiquement protégée. Selon cette théorie, des comportements n'affectant qu'une part minimale du marché, ne doivent pas être sanctionnés. « *La liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre étant de principe, l'intervention des autorités de marché en application des règles de concurrence n'est légitime qu'en cas de dysfonctionnement sérieux et effectif (ou de menace réelle de dysfonctionnement).* »⁹³⁶ Certes, « *la théorie n'intéresse que le droit des ententes, car un abus de position dominante affecte nécessairement de façon sensible le jeu de la concurrence.* »⁹³⁷

La Communication CEE du 22 décembre 2001 « *de minimis* » rapportée ci-dessus détermine des seuils de parts de marché en deçà desquels un accord ne restreint pas

⁹³³ Art.1, I.A2 a) Recommandation OECD 1998. www.oecd.org.

⁹³⁴ Troisième rapport de 2005 sur la mise en œuvre de la Recommandation de 1998. www.oecd.org.

⁹³⁵ Guy CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, édition LGDJ. 2006. p.115-116.

⁹³⁶ Emmanuelle Claudel et Marie-Chantal Boutard Labarde, *Les ententes anticoncurrentielles*, in *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J. 2008. p. 63.

⁹³⁷ Marie Malaurie-Vignal, *Droit de a concurrence interne et communautaire*, 4^e éditions Dalloz, 2008.p.219.

sensiblement la concurrence : pour des accords horizontaux, la part de marché cumulée des parties ne doit pas dépasser 10% ; pour les accords verticaux, le plafond est de 15% pour chacune des parties. L'effet cumulatif est présumé si les accords verticaux ou horizontaux similaires couvrent plus de 30% du marché. En présence d'une situation d'effet cumulatif, seul l'accord qui concerne moins de 5% du marché bénéficie de la règle de *minimis*.

De fait, ces théories constituent des instruments juridico-économiques d'analyse des limites de la prohibition des ententes. «*Ces limites bénéficient aux accords anticoncurrentiels qui présentent par ailleurs des avantages pour la concurrence ou pour l'économie. La première est originaire du droit américain. Il s'agit de ne pas interdire les ententes dont le caractère anticoncurrentiel est compensé par leurs effets pro-concurrentiels. C'est la règle de raison. La seconde est originaire d'Europe. Il s'agit d'autoriser par exception les ententes qui, bien que nuisibles à la concurrence, présentent des avantages économiques substantiels. C'est le système de l'exemption.*»⁹³⁸

733. En Chine, non seulement les méthodes des deux côtés de l'Atlantique sont très appréciées et adoptées par la doctrine chinoise, mais elles sont parties intégrantes de la Loi antimonopole. En effet, pour les juristes et le législateur chinois, l'attitude de l'Europe à l'égard des règles de raison et d'interdiction *per se* n'est qu'un jeu de mots visant à dissimuler une fierté vis-à-vis de son partenaire américain. Face à ces deux grands systèmes juridiques de la concurrence, la Chine, dépourvue d'expérience législative, n'a rien à perdre et à cacher, et l'attitude la plus sage du législateur et des juristes chinois consiste à assimiler et à copier humblement et sincèrement les théories et les expériences américaines et européennes. Il est donc recommandé de faire une étude succincte du le système d'exemption des ententes en droit chinois.

II. Le système d'exemption

734. Avant d'examiner la scène principale du système chinois d'exemption (**B**), il est utile de se promener alentour (**A**).

A. Généralités

1. Les principes d'exemption

⁹³⁸ Véronique PIRONON, op.cit. p. 66.

735. Les pratiques restrictives à la concurrence peuvent être exemptées de la prohibition de la loi de la concurrence si les autorités compétentes, conformément à la loi de la concurrence, estiment qu'elles peuvent servir l'intérêt public, c'est-à-dire contribuer au développement économique et à l'efficacité du marché concurrentiel.

Les conditions générales de l'exemption procèdent de la notion de bilan économique en droit communautaire, et de bilan concurrentiel en droit américain. Autrement dit, l'exemption suppose la mise en balance des inconvénients inhérents à toute atteinte à la concurrence et des avantages éventuels (économique ou en faveur de la concurrence sur le marché) qui résultent de l'entente ou de la catégorie d'ententes considérées, et la conclusion que les avantages l'emportent sur les inconvénients.

L'autorisation d'un accord monopoliste ou d'une pratique anticoncurrentielle est le moyen de doter les autorités de concurrence de pouvoirs discrétionnaires pour apprécier les intérêts nationaux par rapport aux effets de certaines pratiques restrictives sur le commerce, sur la concurrence ou le développement économique.

2. La rédaction inspirée du système européen d'exemption dans l'article 15 de la Loi antimonopole en Chine

736. L'exemple du système européen d'exemption des ententes anticoncurrentielles fait l'objet d'une étude concentrée dans tous les ouvrages chinois sur le droit de la concurrence.

Le traité de Rome, au paragraphe 1 de son article 81, déclare « *incompatibles avec le Marché commun et interdit tout accord entre entreprises, toute décision d'associations d'entreprises et toute pratique concertée, susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun.* » L'interdiction n'est toutefois pas absolue puisque, selon le paragraphe 3 du même article, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables si ces accords ou décisions contribuent à « améliorer la production ou la distribution des produits, ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte », sans, a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ; b) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

Au sein de l'UE, la plupart de ces accords sont « des exemptions par catégories ». En ce qui concerne les ententes verticales⁹³⁹, plusieurs règlements arrêtés par la Commission sur le fondement du règlement du Conseil n°19/65 sont actuellement en vigueur : accords de distribution exclusive, achat exclusif et franchise⁹⁴⁰ pour l'entretien et la révision de véhicules automobiles⁹⁴¹ ; accords de transfert de technologie⁹⁴². Quant aux ententes horizontales, les règlements actuellement en vigueur de la Commission sur le fondement du règlement du Conseil n°2871/71 sont : les accords de spécialisation⁹⁴³ et les accords de coopération en matière de recherche et de développement⁹⁴⁴. Certains types d'accord dans le secteur de l'assurance⁹⁴⁵ figurent parmi les exemptions par catégories.

Certains accords doivent être examinés sur la base de critères de structure du marché. En tant que tels, ces accords doivent faire l'objet d'une exemption individuelle accordée par décision administrative après l'application de la règle de raison. Il s'agit de la plupart des types d'accord de coentreprise qui ne relèvent pas de l'exemption globale dans le domaine de la recherche et du développement et qui ne sont pas assimilés à des fusions ; la plupart des licences exclusives de propriété industrielle qui ne relèvent pas des exemptions globales concernant le transfert de technologie ; les accords de restructuration ou cartels de crise ; les accords instituant des organismes de vente ou d'achat communs ; les accords d'informations ; les accords instituant les règles d'une association commerciale ; les accords ou les décisions établissant des foires commerciales.

De plus, certains secteurs de l'économie peuvent être exonérés de l'application de la loi. Ces exceptions sectorielles pourraient relever d'une clause d'exemption au titre du champ d'application.

⁹³⁹ Les ententes verticales sont le domaine d'élection des exemptions par catégorie.

⁹⁴⁰ Règlement n°2790/99 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81§3 à des catégories d'accords verticaux.

⁹⁴¹ Le règlement n°1475/95 du 28 juin 1995 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des accords de distribution et de services après vente de véhicules automobiles

⁹⁴² Le règlement n°772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81§3 du traité à des catégories de transferts de technologie, qui concerne les licences de brevets et les licences de savoir-faire.

⁹⁴³ Le règlement précité n°2658/2000 du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81§3 du traité à des catégories d'accords de spécialisation.

⁹⁴⁴ Le règlement n°2659/2000 du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81§3 du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement.

⁹⁴⁵ Le règlement de la Commission n°3933/92 du 21 décembre 1992 concernant l'application de l'article 85(81),§3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances sur le fondement du règlement du Conseil n°1534/91 en matière d'assurances et le Règlement n°358/2003 du 27 février 2003 sur les accords entre compagnies d'assurances.

Néanmoins, la Commission européenne et la Cour de justice des Communautés européennes sont généralement peu enclines à autoriser des accords qui relèvent des catégories visées à l'article 81§1 du Traité de Rome, plus particulièrement pour ce qui est de la répartition des marchés et de la fixation concertée des prix.

En droit chinois, le système d'exemption des ententes est représenté par l'article 15 de la Loi antimonopole qui est une version à la chinoise de l'article 81.§3 du Traité de Rome, tandis qu'une partie importante du système d'exemption, à savoir celle de l'exemption par catégories en est au stade de la conception.

B. L'article 15 de la Loi antimonopole

1. Exemption des articles 13 et 14

737. En acceptant l'hypothèse que le libre jeu de la concurrence est meilleur pour l'économie que toute organisation, publique ou privée, des échanges, la Loi antimonopole de 2007 de la Chine consacre l'article 15 à l'exemption des accords anticoncurrentiels dont les avantages sont supérieurs aux inconvénients. En général, les conditions de l'exemption découlent des caractères des accords monopolistes exemptés : *« l'atteinte à la concurrence doit comporter, pour l'économie, des avantages certains, supérieurs à ses inconvénients ; cette atteinte doit aussi bénéficier aux consommateurs du produit ou du service en cause ; elle ne doit consister qu'en des restrictions de concurrence indispensables pour atteindre les objectifs visés ; enfin, elle ne peut jamais aller jusqu'à l'élimination de la concurrence. »*⁹⁴⁶

Aux termes de l'article 15 de la Loi antimonopole de 2007, *« sont exemptés des articles 13 et 14 les accords monopolistes lorsque les opérateurs économiques peuvent prouver qu'ils poursuivent l'un des objectifs suivants :*

- *(1) le progrès de la technologie ou la recherche et le développement de nouveaux produits ;*
- *(2) l'amélioration de la qualité des produits, la réduction des coûts, un meilleur rendement, la standardisation des produits ou des normes ou la spécialisation ;*
- *(3) l'amélioration de la performance et de la compétitivité des petites et moyennes entreprises ;*
- *(4) la recherche de l'intérêt public, tels que l'économie d'énergie, la sauvegarde de l'environnement ou le secours dans les catastrophes naturelles et la subvention*

financière aux besoins, etc. ;

- (5) *l'atténuation des risques économiques dus à la diminution grave des ventes et à la surcapacité de production pendant une période de dépression économique ;*
- (6) *la protection des intérêts légitimes découlant du commerce international et de la coopération économique avec l'étranger ;*
- (7) *toute autre circonstance d'exemption arrêtée par la loi et le Conseil des Affaires d'Etat.*

Les exemptions des accords monopolistes prévus par les articles 13 et 14 dans les catégories (1) à (5) précitées ne doivent être accordées que si les autres preuves apportées par les opérateurs économiques montrent que les accords en cause ne peuvent pas restreindre de manière significative la concurrence sur le marché et qu'ils permettent aux consommateurs de prendre part aux profits qui en résultent. »

D'après l'article 15, la délivrance d'une exemption individuelle est subordonnée à la réunion de plusieurs conditions : deux positives et deux négatives. Pour l'application de cet article, outre la nécessité de lignes directrices de la part des autorités compétentes pour préciser la mise en œuvre de ces conditions, une refonte de l'article est indispensable pour éliminer les défauts graves de la technique législative.

1) Conditions positives et négatives

738. Les conditions positives concernent les avantages économiques et les intérêts publics procurés par l'accord monopoliste.

La première condition positive est que l'accord monopoliste doit assurer la promotion du progrès économique, la sécurité économique et l'intérêt public.

Ainsi, en vertu de l'article 15 de la Loi précitée, il est exigé pour assurer la promotion du progrès économique, que l'accord monopoliste contribue à *«l'amélioration de la qualité des produits, la réduction des coûts, un meilleur rendement, la standardisation des produits ou des normes ou la spécialisation »*, ou au *« progrès de la technologie ou à la recherche et au développement de nouveaux produits »*, ou à *«l'amélioration de la performance et de la compétitivité des petites et moyennes entreprises »*, pour la sécurité économique, que l'accord atténue les *«risques économiques dus à la diminution grave des ventes et à la surcapacité de production pendant une période de dépression économique»*, et pour l'intérêt général

⁹⁴⁶ André DECOCQ, Georges DECOCQ, *op.cit.* p.355.

public, que l'accord monopoliste ait pour but de réaliser «*des économies d'énergie, la sauvegarde de l'environnement ou le secours dans les catastrophes naturelles et la subvention financière aux besoins*». Bref, les points bénéfiques de l'accord monopoliste sont les objectifs visés par la Loi antimonopole.

La deuxième condition positive est que l'accord monopoliste permette aux consommateurs de prendre part aux profits qui en résultent.

Cela signifie que les avantages économiques de l'entente ne doivent pas profiter exclusivement aux opérateurs participant à l'entente. Ainsi, lorsque le progrès réside dans l'amélioration de l'offre, il doit être perceptible du point de vue de la demande. Réserver aux consommateurs une partie équitable du profit qui résulte de l'accord constitue une des finalités du droit de la concurrence. Dans le système de la prohibition des ententes anticoncurrentielles, la raison d'être du mécanisme d'exemption des ententes dont les avantages sont supérieurs aux inconvénients est de mieux satisfaire les besoins des consommateurs. Par exemple, si une entente permet aux entreprises participantes de réaliser des gains de productivité, encore faut-il que ces gains aient des répercussions sur le coût ou la qualité des produits ou des services concernés par l'accord.

La troisième condition est une condition négative concernant le caractère inhérent à la restriction de concurrence de l'accord monopoliste. La restriction de concurrence de l'accord ne doit pas être grave ou conduire à l'élimination de la concurrence. Autrement dit, même si l'accord présente des avantages économiques certains, les entreprises participantes doivent encore justifier avec des preuves suffisantes que l'accord conclut entre elles ne tend pas à «*restreindre de manière significative la concurrence sur le marché.*»

2) Insuffisances graves de l'article 15

739. Par rapport au système communautaire de l'exemption des ententes, l'article 15 de la Loi antimonopole suscite beaucoup de critiques⁹⁴⁷ concernant ses insuffisances graves dans l'application.

Première insuffisance : le champ de l'exemption est incomplet.

En général, une des raisons d'être exempté de la prohibition de la loi est que l'entente ou l'accord anticoncurrentiel contribue à améliorer soit la production, soit la

⁹⁴⁷ XU Yaoguang, *Analyse sur les articles concernant les accords monopolistes dans la Loi antimonopole de la Chine*, in *Revue de la Science juridique*, 2008, n°1, pp.18-20. v. WANG Changqiu, *Analyse sur les accords monopolistes de la Loi antimonopole*, in *Revue de la Science juridique*, 2008, n°1, pp.21-24.

distribution des produits. A titre d'exemple de l'article 81§3 du Traité de Rome, il est exigé que l'entente contribue à «*améliorer la production ou la distribution des produits*» ou «*à promouvoir le progrès technique ou économique*». L'amélioration de la distribution résulte souvent de la conclusion d'accords de coopération verticale : franchise, concession, distribution sélective. Pourtant, lorsque l'on fouille le texte de l'article 15 de la Loi antimonopole de la Chine, n'apparaît aucune trace de l'exemption d'accords contribuant à la distribution des produits. Des questions se sont alors posées : le système chinois de l'exemption des accords monopolistes ne vise-t-il que les accords dans la production ? Tous les accords contribuant à améliorer la distribution des produits, tels que franchise, concession, distribution sélective, sont-ils exclus du système d'exemption des accords monopolistes ? La réticence en l'espèce est-elle un acte volontaire du législateur chinois, ou simplement une négligence de la technique législative ? S'il s'agit d'une négligence de la technique législative, il est possible d'espérer une amélioration à travers la refonte de la Loi. Si non, la difficulté à justifier cette réticence est infranchissable.

Deuxième insuffisance : la condition négative indispensable fait défaut.

Par rapport à l'article 81§3 du Traité de Rome dont la troisième condition négative est que la restriction de concurrence ne doit pas dépasser ce qui est indispensable à la réalisation du progrès économique⁹⁴⁸, il manque dans le mécanisme chinois des conditions d'exemption des accords monopolistes, le caractère indispensable et proportionné de la restriction de concurrence. Selon le mécanisme chinois, un accord susceptible d'être exempté doit d'abord viser à assurer la promotion du progrès économique, la sécurité économique et l'intérêt public, puis ne pas restreindre de manière significative la concurrence sur le marché, enfin permettre aux consommateurs de prendre part aux profits qui en résultent. La question de savoir comment évaluer le 'caractère significatif' de la restriction à la concurrence a ainsi été posée.

En effet, la condition négative indispensable est le critère de comparaison entre les effets positifs et négatifs de l'accord anticoncurrentiel, qui exige que le degré de restriction à la concurrence soit proportionné à l'effet positif de l'accord considéré. Comme l'a dit Madame le professeur PIRONON, «*cela revient à exiger un lien direct de causalité et de proportionnalité entre la restriction de concurrence et ses effets*

⁹⁴⁸ Valérie PIRONON, op.cit.p.72.

bénéfiques. On retrouve là, finalement, les trois conditions qui permettent d'identifier une restriction accessoire.»⁹⁴⁹ Sans cette condition indispensable, il existe un risque d'abuser de l'exemption. Par exemple, selon le paragraphe 2 de l'article 15, des accords de standardisation des produits ou des normes peuvent être exemptés, mais si les participants à l'accord de standardisation se concertent sur des critères très élevés, ceci peut constituer une entrave à la concurrence.

Troisième insuffisance : la condition d'exemption est basée sur l'objectif et non sur l'effet de l'accord monopoliste.

Le mot '*contribuer à*' employé dans l'article 81§3 du Traité de Rome pour définir le caractère des pratiques concertées susceptibles de l'inapplication de l'article 81§1 signifie que ces ententes doivent avoir pour effet d'améliorer la production ou la distribution des produits ou la promotion du progrès technique ou économique. Plus direct, l'article L.420-4 I 2° du Code de commerce français évoque pour sa part les ententes « *dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique.* » Il en résulte que c'est l'effet positif de l'accord qui pèse dans l'analyse de l'exemption de la prohibition de la loi.

Contrairement à ces grands systèmes d'exemption, le législateur chinois exempte tout accord monopoliste dont les auteurs peuvent justifier qu'ils poursuivent des objectifs institués par la loi sans tenir compte de l'effet de l'entente. Il a commis une erreur syllogistique, en admettant que la condition générale de l'exemption est que l'effet positif ou les avantages de l'accord soient supérieurs à son effet négatif ou à ses inconvénients, et en permettant pourtant l'exemption d'accords avec objectifs positifs. Cette erreur élargit non seulement le champ d'application de l'exemption, mais accroît aussi la chance que les auteurs d'accord monopoliste se soustraient à la loi, car il n'est pas difficile pour des opérateurs économiques de conclure des accords qui, sous prétexte de poursuivre des objectifs du droit de la concurrence, ont pour effet de restreindre ou d'éliminer la concurrence sur le marché.

2. Clause de protection du commerce étranger

740. La sixième catégorie d'exemption dans l'article 15 de la Loi antimonopole concerne des accords dans le commerce international et dans la coopération économique avec l'étranger, soit '*the export cartels*'. Ceci désigne les accords anticoncurrentiels qui ont un effet restrictif à la concurrence sur le marché étranger,

⁹⁴⁹ Valérie PIRONON, op.cit. p.72.

conclus entre des opérateurs économiques domestiques pour assurer, protéger ou promouvoir l'exportation de leurs produits ou les intérêts légitimes issus de leurs coopérations économiques avec l'étranger. Il s'agit principalement du commerce de l'exportation de produits et de services. La loi chinoise de la concurrence est inapplicable aux « export cartels », même si ces pratiques sont nuisibles à la concurrence sur le marché étranger.

L'exemption des 'export cartels' est basée sur la prise en considération de la politique du commerce avec l'étranger. Il suppose que les 'export cartels' peuvent contribuer à élargir l'exportation des entreprises nationales et à promouvoir la compétitivité mondiale de celles-ci. Cependant, l'exemption des 'export cartels' est soumise à la condition que leur restriction à la concurrence sur le marché étranger n'ait pas d'effet néfaste de manière directe ou indirecte sur la concurrence dans le marché interne. Si les produits ou services exportés sont re-importés en quantité massive sur le marché intérieur, cela causera sans doute de graves problèmes à la concurrence sur le marché intérieur national.

Les pratiques d'exemption des 'export cartels' trouvent leur racine en droit américain. En 1906, la Cour Suprême fédérale accorde la légitimité aux 'export cartels' qui peuvent procéder à des pratiques monopolistes sur le marché étranger. Le Congrès américain estime qu'il est nécessaire d'exclure de l'application de Sherman Act les 'export cartels' en raison de la pression des cartels d'achat de l'étranger, pour pouvoir contrecarrer la menace concurrentielle issue des cartels internationaux ou réaliser une économie d'échelle dans le contexte de généralisation des cartels dans le commerce international. Trois textes législatifs sont successivement promulgués par le Congrès à fin d'exempter les 'export cartels' de l'application de la loi antitrust : the Webb-Pomerene Act 1918, the Export Trading Company Act et the Foreign Trade Antitrust Improvement Act en 1982.⁹⁵⁰ La méthode américaine, dont le principe d'exemption varie selon que les cartels d'exportation restreignent ou éliminent la concurrence sur le marché étranger ou qu'ils ont un effet négatif sur le commerce dans le territoire des Etats-Unis Amérique⁹⁵¹ est devenue une pratique internationale, adoptée par tous les pays dans le monde.

⁹⁵⁰ Mark R. Joelson, *An International Antitrust Primer, A Guide to the Operation of United States, European Union and Other Key Competition Laws in the Global Economy*, op.cit. pp.57-64.

⁹⁵¹ JIANG Wuzhen, *La clause de la protection du commerce dans l'application de la Loi antimonopole*, in *Commerce international*, 2008, n°12. p.61.

L'exemption des accords pour le commerce avec l'étranger en droit chinois est automatique, les acteurs participants aux accords n'ayant pas à assumer la charge des preuves aux yeux de la loi. Pourtant, l'application concrète de la règle d'exemption des 'export cartels' exige que les autorités compétentes monopolistes chinoises prennent en compte les divers éléments pouvant influencer la décision d'exemption, tels que l'ampleur de la baisse du coût à l'exportation, le changement prévisible du prix d'exportation et même la possibilité de représailles des gouvernements étrangers dont l'intérêt économique est affecté par la décision d'exemption.

741. Dans les relations commerciales avec l'étranger, l'exemption des cartels d'exportation constitue souvent une source de conflit entre Etats, ceux-ci ayant pour effet de restreindre ou éliminer la concurrence sur le marché du pays d'importation, et chaque pays accorde à sa loi de la concurrence la force extraterritoriale sur les pratiques anticoncurrentielles qui se produisent hors de son territoire, et qui pourtant ont un effet direct ou indirect sur le marché dans son territoire. Deux affaires récentes concernant les accords anticoncurrentiels entre des entreprises chinoises ont eu une grande répercussion sur leurs pratiques et leurs stratégies à venir : l'une est le procès antitrust intenté par deux entreprises américaines à l'encontre de quatre producteurs chinois de vitamine C les accusant de s'être concertés pour manipuler le prix et la quantité de vitamine C à l'exportation vers les Etats-Unis et d'autres pays dans le monde⁹⁵²; l'autre est le procès antitrust intenté par deux entreprises américaines visant l'entente sur les prix à l'exportation du minerai de magnésium et de produits magnésiques scellée par 17 entreprises chinoises dont l'une d'entre elles est la Compagnie d'import-export des produits minéraux en Chine⁹⁵³.

§2. Les formes principales d'ententes en droit chinois

742. Les formes des accords monopolistes se classent en deux grands groupes : accord horizontal (I) et accord vertical (II). Nous allons les examiner successivement.

I. Accords horizontaux

A. Généralités

743. L'article 13 de la Loi antimonopole de Chine interdit les accords entre des opérateurs économiques concurrents.

⁹⁵² <http://news.chiniseswings.com>. 2006-02-11.

⁹⁵³ www.stockstars.com; 2005-11-09.

Le législateur chinois a adopté la notion habituelle d' «accords horizontaux » qui désignent ceux conclus entre des entreprises rivales ou susceptibles de l'être, que ces accords soient écrits ou oraux, officiels ou non officiels. Les opérateurs économiques qui concluent un accord monopoliste sont situés au même niveau du processus économique ou sur le même marché, c'est-à-dire qu'ils sont concurrents. Ces accords conclus entre eux dont la vocation est, par conséquent, de ne pas se faire concurrence, portent les germes d'une entente illicite dans la mesure où ils risquent de porter atteinte à la concurrence dès lors qu'ils portent sur les prix ou les quantités. « *C'est la raison pour laquelle ils font souvent l'objet d'une interdiction per se, à savoir, d'une appréciation plus sévère de la part des autorités de concurrence que les accords verticaux, conclus entre des entreprises non concurrentes, qui n'apparaissent pas a priori anticoncurrentiels.* »⁹⁵⁴

L'article 13 de la Loi antimonopole établit une liste non limitative d'accords horizontaux monopolistes.

B. Les formes d'accords horizontaux

1. Accords horizontaux d'étouffement de la concurrence

1) Entente de prix

744. L'article 13.1 de la Loi antimonopole en Chine prohibe les accords monopolistes entre opérateurs concurrents qui tendent à fixer ou modifier les prix artificiellement, c'est-à-dire les accords horizontaux ayant pour vocation de faire obstacle à la fixation ou la modification des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse.

La liberté de fixation des prix étant une composante essentielle de la libre concurrence caractéristique de l'économie de marché, de tels accord ou pratique présentent une gravité particulière provoquant la prohibition *per se* tant en droit antitrust américain qu'en droit européen de la concurrence. La jurisprudence américaine dans les affaires *Trans-Missouri Freight Association*⁹⁵⁵, *Trenton Potteries Co*⁹⁵⁶ et *Socony Vacuu Oil Co*⁹⁵⁷ et la jurisprudence européenne dans des affaires

⁹⁵⁴ Louis VOGEL, *Droit français de la concurrence*, SAS Lawlex, 2006. p.280.

⁹⁵⁵ United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166. U.S.290(1897).

⁹⁵⁶ United States v. Trenton Potteries Co. 273 U.S.392 (1927).

⁹⁵⁷ United States v. Socony Vacuu Oil Co. 310 U.S. 150 (1940).

comme *Quinine Cartel*⁹⁵⁸, ou *ICI*⁹⁵⁹ encouragent les autorités chinoises monopolistes à appliquer la règle de la prohibition *per se* aux accords portant sur les prix⁹⁶⁰.

En droit antitrust américain, même si l'introduction de la règle de raison permet aux juridictions américaines d'analyser le bilan concurrentiel des 'price cartels', la règle de prohibition *per se* domine dans la plupart des affaires concernant la concertation sur les prix. A la différence du droit américain, la prohibition *per se* des accords portant sur les prix peut être écartée dans certains cas en droit européen de la concurrence. Par exemple, des entreprises peuvent s'entendre sur un prix maximum. Comme l'a dit Madame Marie Malaurie-Vignal, « *Tant au regard du droit communautaire que du droit interne (français), toute entente limitant artificiellement la liberté de fixation des prix est anticoncurrentielle. La pratique de prix communs n'est licite que si elle porte sur des prix maxima ; la fixation de prix identiques ou minimum constitue une pratique prohibée.* »⁹⁶¹

745. En l'espèce, le droit chinois de la concurrence est plus proche du droit antitrust américain que du droit européen de la concurrence. L'un des rédacteurs du projet de la Loi antimonopole en Chine, Madame le Professeur WANG Xiaoye, préconise que la fixation du prix maximum soit aussi soumise à la règle de la prohibition *per se*. Selon elle, la prohibition *per se* d'accords portant sur les prix maxima a trois raisons. En premier lieu, la fixation de prix maxima peut empêcher des concurrents potentiels d'accéder au marché pertinent et aider les entreprises participant aux accords de prix à se débarrasser de la pression latente de la concurrence. En second lieu, la fixation de prix maxima est une stratégie indirecte de fixation des prix minima, car les prix ainsi élevés par la stratégie de fixation du prix maximum ne pourraient pas s'abaisser. Le libre jeu du marché dans la répartition des ressources et l'ajustement des prix serait ainsi perturbé. De plus, une portion des avantages aux consommateurs aboutit dans les poches des entreprises participantes aux accords. En troisième lieu, bien que la fixation de prix maxima puisse promouvoir la commercialisation de produits, elle est susceptible de restreindre la recherche et le développement de nouveaux produits⁹⁶². L'opinion de Madame WANG est finalement admise par le législateur chinois. C'est ainsi qu'en droit de la concurrence, est prohibé tout accord conclu entre

⁹⁵⁸ Quinine 1969, OJL192/5 (1969) CMLR D41.

⁹⁵⁹ Comm. 14/7/1972. 1972. 629.

⁹⁶⁰ SHANG Ming (dir.), op.cit.p.87. V. aussi, WANG Xiaoye, (dir) *Explication détaillée de la Loi antimonopole de la R.P.Chine*, Edition de la Propriété Industrielle, 2008. p.93.

⁹⁶¹ Marie Malaurie-Vignal, *Droit de a concurrence interne et communautaire*, op.cit. 2008. p.226.

opérateurs concurrents, qui tend à fixer ou modifier les prix, qu'il porte sur la fixation de prix maxima ou minima.

746. Pour l'heure, sur le marché chinois, la fixation ou la modification de prix peut prendre les quatre formes courantes suivantes:

La première forme est la fixation d'un prix minimum. C'est le cas de la coalition de neuf producteurs chinois de téléviseurs en 2000. Le 9 juin 2000, les neuf premières entreprises de production de téléviseurs en Chine, telles que *Kangjia*, *Chuangwei*, *Lehua*, *Hisin*, *Panda*, *Xiahua*, *Jinxing* et *Westlake*, etc, organisèrent ensemble une conférence au sommet dans le secteur de la production de téléviseurs. Au cours de la conférence, ces neuf entreprises conclurent un accord de coopération pour unifier les prix minima de chaque type de téléviseur pendant une période donnée afin d'éviter la concurrence vicieuse à travers la guerre des prix entre ces entreprises.

La deuxième forme est l'unification des prix. L'exemple typique est l'entente de trois entreprises de développement du film dans la ville de *Wuhu*⁹⁶³. En décembre 1998, les trois plus grandes entreprises de développement de film de la ville ont rassemblé plus de 30 entreprises du secteur et organisé un débat entre les managers du secteur pour unifier le prix du développement de film. Finalement, ces entreprises décident d'un commun accord d'élever le prix de développement des films qui, le lendemain de la réunion, augmentait de 50% dans toute la ville.

L'entente pour augmenter le prix, cette troisième forme est aussi bien illustrée par le cas de l'Association mondiale des nouilles instantanées de 2006. La ramification chinoise de l'Association mondiale des nouilles instantanées (RCAMNI) a organisé plusieurs réunions avec une dizaine des entreprises les plus connues dans le secteur en Chine pour négocier l'augmentation du prix des nouilles instantanées. A partir de juin 2007, toutes les entreprises participantes à l'entente augmentaient leurs prix.

La Commission nationale de développement et de réforme (CNDR) est l'autorité compétente dans l'affaire des 'Nouilles instantanées'. Selon l'enquête de la CNDR, la RCAMNI a organisé ces réunions pour arrêter et coordonner le degré, les étapes et le moment de l'augmentation du prix des produits concernés. Par la publication d'un *memorandum* de leurs réunions dans la revue « China Noodles Products », la Ramification transmettait l'information de l'augmentation de prix aux entreprises du secteur. L'information de l'augmentation des prix diffusée par les *media* a déclenché

⁹⁶² WANG Xiaoye (dir), *Explication détaillée de la Loi antimonopole de la R.P.Chine*, op.cit. p.94.

la ruée de la foule pour acheter dans certaines villes. Tout cela a perturbé de manière grave l'ordre des prix sur le marché, entravé la concurrence loyale entre entreprises et nuit à l'intérêt légitime des consommateurs.

La RCAMNI allègue que les prix des matières premières (y compris le prix de la farine, de l'huile d'olive, de la pomme de terre et du piment) des nouilles instantanées ont augmenté à l'échelon national depuis le début de 2006, conduisant à une augmentation de 13% du prix de revient des produits finaux. Dans ce contexte, l'augmentation des prix des nouilles instantanées est le choix indispensable et raisonnable pour des entreprises à but lucratif, et si les entreprises du secteur n'augmentent pas les prix, elles travailleront à perte. Pourtant, l'enquête de la CNDR montre que le degré d'augmentation réelle des prix de ces entreprises atteint de 30 à 40% et que l'exploitation à perte sans augmentation des prix n'est pas vérifiée selon l'information transparente de la Bourse sur le rapport comptable de la Société cotée '*Kang Shifu*'⁹⁶⁴ ('康师傅方便面').

La CNDR argumente que la fixation des prix de manière individuelle par l'entreprise est essentielle pour l'autonomie de celle-ci. Toute entreprise a le droit et la liberté de fixer le prix de ses produits selon la situation du marché. Il est raisonnable qu'une entreprise augmente le prix de ses produits lorsque les prix des matières premières du produit augmentent. L'une des conditions du bon fonctionnement du processus concurrentiel est, en effet, que les différents opérateurs déterminent de manière autonome la politique qu'ils entendent suivre sur le marché. Pourtant, dans l'affaire des nouilles instantanées, la volonté d'entente de prix entre les entreprises indépendantes du secteur est flagrante. De plus, au cours de l'enquête, la Ramification chinoise n'a pas coopéré de bonne foi avec l'autorité compétente en fournissant des mémorandums incomplets des réunions, en niant l'existence d'une entente sur l'augmentation des prix par la diffusion d'informations trompeuses dans les médias.

Enfin, la CNDR conclut que la RCAMNI et les entreprises participant à l'entente ont transgressé par leur pratiques concertées manipulant le prix sur le marché, la loi sur le prix de 1993, dont l'article 7 stipule le principe d'équité, de légitimité et de bonne foi dans les pratiques de fixation de prix, l'article 14 interdit l'entente et la manipulation des prix sur le marché et l'article 17 prévoit que l'association

⁹⁶³ http://www.365u.com.cn/wenzhang/detail/article_6767.html

professionnelle doit respecter la loi et les règlements sur les prix et se discipliner dans la stratégie de fixation de prix. En conclusion, la CNRD a rendu une décision administrative de sanction.

La quatrième forme de fixation et modification de prix est la consigne d'auto-contrainte de prix dans le secteur. Par exemple, en 2001, 17 entreprises pilotes dans le secteur des produits magnésiques dans la province de Shanxi ont signé avec trois entreprises pilotes d'exportation une déclaration commune portant sur 'l'auto-discipline du prix des produits magnésiques pour maintenir l'ordre économique dans le secteur'. Dans la déclaration commune, ces entreprises s'accordent à réduire la production et à coordonner le prix des produits magnésiques. En effet, cette forme de fixation du prix était encouragée par l'Administration du secteur : l'« Avis sur l'auto-discipline sur le prix de certains produits industriels» publié le 17 août 1998 par la Commission nationale de l'Economie et du Commerce exigeait que *« les secteurs qui ont des influences importantes sur l'exploitation économique et l'efficacité économique du secteur, et dont la structure industrielle ne cause pas de problème d'efficacité de production, doivent se discipliner dans la fixation des prix de leurs produits afin d'éviter la concurrence vicieuse »*.

747. Les formes de fixation des prix en Chine se distinguent donc de celles des pays occidentaux : toutes les ententes en Chine ont porté sur le prix de manière directe et franche. Jamais elles ne sont apparues comme des ententes qui affectent le prix indirectement, par l'intermédiaire de l'accord sur l'une des composantes de prix – le coût du produit ou du service, marge ou remise. Du côté des entreprises participantes à l'entente de fixation de prix, la plupart ne connaissent pas la gravité et l'illégalité des ententes monopolistes ; de ce fait, elles ne cherchent pas à camoufler leur intention d'entente sur le prix. De plus, tous ces accords monopolistes portant sur le prix ne pouvaient durer longtemps tant ils étaient flagrants. Ils n'ont pas causé d'effet négatif irréparable à l'économie nationale. Cependant, au fur et à mesure de la vulgarisation de la connaissance du droit de la concurrence, en particulier de l'application de la Loi antimonopole de 2007, il est prévisible que les ententes portant sur la fixation et la modification de prix seront de plus en plus difficiles à discerner, et leur effet sera de plus en plus nuisible à la concurrence sur le marché.

2) Limitation de la quantité de production ou de distribution

⁹⁶⁴ La marque la plus connue dans le secteur de nouilles instantanées en Chine.

748. La fixation ou la modification des prix peuvent être réalisées indirectement par la limitation de la quantité de production ou de distribution des produits. L'article 13.2 de la Loi antimonopole prohibe les accords qui ont pour objet de limiter ou de contrôler la production ou la vente.

Le rapport entre le prix et la quantité du produit est inversement proportionnel sur le plan économique : plus la quantité des produits offerts à la demande sur le marché est importante, moins le prix des produits est élevé. Dans la concurrence effective, les acteurs économiques (producteurs ou distributeurs) ajustent sans cesse la quantité de la production ou de la distribution de leurs produits selon la fluctuation du prix de marché de ces produits. En revanche, le changement de quantité de production ou de distribution affecte directement la fluctuation des prix des produits sur le marché dans une limite raisonnable. Partant, la concertation pour limiter la quantité de la production ou de la distribution déforme le jeu de la concurrence sur la formation du prix du marché. C'est la raison pour laquelle les pratiques anticoncurrentielles portant sur la limitation de la quantité de production ou de vente, comme la fixation des prix, sont sous le coup de la prohibition du droit de la concurrence sur tous les continents.

C'est en raison du lien étroit théorique entre la limitation des quantités de production ou de vente et la fixation des prix, qu'en pratique, les clauses portant sur ces deux types des pratiques anticoncurrentielles sont souvent rédigées dans un même accord. Car si les entreprises participant à un accord monopoliste sur le prix sont autorisées à augmenter ou accroître leur production ou distribution à leur guise, attirées par le gain monopoliste, leur prix cartel sera difficile à maintenir. C'est ainsi qu'il est nécessaire de limiter la quantité de production ou de vente pour le maintien efficace du prix cartel. De plus, la limitation de la quantité de production ou de vente peut éliminer de manière substantielle la concurrence effective entre les entreprises participant au cartel de quantité. Deux affaires ont bien illustré cette situation.

749. L'une est l'affaire de *Graphite Electrode* de 1992. A partir de 1992, l'entente des principaux producteurs mondiaux a comporté l'augmentation rapide du prix (cartel de prix) et le maintien de la quantité de production en 1992 (cartel de quantité) ; 5 ans après, en 1997, la conséquence directe de l'entente est que le prix de Graphite Electrode est universellement augmenté de plus de 60% sur un marché très concentré.

L'autre est l'affaire de la cessation de production à trois reprises dans le secteur chinois du tube à trois couleurs⁹⁶⁵. Le tube à trois couleurs est le composant principal des téléviseurs couleurs du type CRT, constituant 70% du prix de revient de celui-ci. A partir de 1996, la guerre des prix des téléviseurs couleurs CRT entre les neuf grands producteurs nationaux⁹⁶⁶ donne un coup de massue au secteur du tube à trois couleurs. Pour 'refrêner la concurrence et maintenir le prix actuel du tube à trois couleurs', huit grands fournisseurs de tubes cessent successivement la production à partir du 26 juin 1999. Cette première cessation de production d'une durée d'un mois joue un rôle important de frein dans la baisse continue du prix du téléviseur, avec pour conséquence directe qu'en juin 2000, neuf grandes entreprises productrices de téléviseurs s'accordaient sur un cartel de prix. Ceci a conduit à la décision délibérée commune de huit fournisseurs de tubes à trois couleurs de réduire et cesser la production pour une durée illimitée à fin d'inciter les entreprises productrices de téléviseurs à augmenter le prix des téléviseurs jusqu'à ce que les fournisseurs de tubes se relèvent de l'état de perte financière dans la production et la vente des tubes à trois couleurs.

Au début de 2007, l'association professionnelle de tubes à trois couleurs publiait sa décision de 'Cessation unifiée de production dans tout le secteur pendant 20 jours'. D'après le secrétaire général de l'association, la décision de cette cessation de 20 jours est prise pour deux raisons : l'une est issue de la concurrence des téléviseurs à écran plat, l'espace du marché pour les téléviseurs CRT étant beaucoup réduit ; la réduction de la quantité de la production du tube à trois couleurs pourrait être utile pour maintenir son prix actuel; l'autre est le besoin instinctif des entreprises du secteur : liquider le stock pour éviter que l'offre ne soit davantage supérieure à la demande du marché.

750. En définitive, ce type de restriction est fréquent dans les secteurs où il existe une capacité en excédent ou lorsqu'il s'agit de faire monter les prix. Dans la situation de la Chine à l'époque en l'absence d'un système juridique complet d'économie de marché, l'effet de l'affaire de tube à trois couleurs sur le marché fut relativement

⁹⁶⁵ Source de l'affaire : SHANG Ming (dir.) op.cit. 107.

⁹⁶⁶ A partir de 1996, pour évincer les concurrents hors du marché de téléviseur, chacune de ces grandes entreprises productrices avait procédé à une stratégie irrationnelle de prix : elles se rivalisent d'abaisser le prix de leurs produits jusqu'au dessous du prix de revient de téléviseur. Une grande quantité de petites et moyennes entreprises productrices ont été expulsées du marché. Ce phénomène a été nommé en Chine comme 'la concurrence vicieuse'. Après la guerre de prix, 9 grandes entreprises productrices survivantes avaient conclu

positif, même si on ne peut nier le fait que l'objectif de ces trois cessations de production de tube à trois couleurs était d'influer sur le prix des tubes. Ainsi donc, l'analyse de la prohibition de la limitation des quantités de production ou de vente doit être faite cas par cas.

3) Accords de restriction d'accès à de nouvelles technologies

751. Le lien inséparable entre la concurrence et la recherche et le développement de nouvelles technologies demeure sous deux aspects : d'une part, la nouveauté technologique constitue la méthode la plus importante pour valoriser le prix d'un produit par rapport à celui qui n'a pas adopté de nouvelles technologies. En effet, la forme essentielle de la concurrence est la concurrence des prix entre produits substituables. Lorsqu'un produit présente des avantages de prix issus de la recherche et du développement de nouvelles technologies, il est plus facile pour lui de l'emporter sur le marché concurrentiel. D'autre part, une des vocations les plus importantes de la concurrence est de promouvoir l'innovation technique des opérateurs économiques sur le marché, qui constitue une incitation au développement économique et à l'amélioration du bien-être des consommateurs à travers la baisse du prix de revient et l'amélioration de la qualité des produits ou des services.

Pour faire face à la concurrence, il est donc nécessaire que les opérateurs économiques s'engagent dans la recherche et le développement ou achètent de nouvelles technologies ou de nouveaux équipements. Pourtant, l'investissement dans les technologies nouvelles n'est pas moins onéreux et il n'est pas certain d'assurer à l'entreprise qui s'engage dans la recherche et le développement une puissance importante sur le marché en raison de la concurrence. En revanche, si des entreprises concurrentes s'engagent de concert à restreindre entre eux l'accès à de nouvelles technologies ou à de nouveaux équipements, elles se débarrassent de la pression de la concurrence et de la dépense onéreuse liée à la recherche et au développement.

Au fond, la restriction de l'accès à de nouvelles technologies ou à de nouveaux équipements, comme celle du développement de nouvelles technologies ou de nouveaux produits sont des pratiques prohibées par la loi de la concurrence dans beaucoup des pays. La Loi antimonopole de Chine la considère comme une entente anticoncurrentielle horizontale. En vertu de l'article 13.3 de la loi précitée, l'accord de restriction de l'accès à de nouvelles technologies peut être classé en deux

une coalition du prix au cours de la conférence nationale du secteur le 9 juin 2000, à la suite, elles ont été

catégories : la première catégorie est la restriction d'accès à de nouvelles technologies ou de nouveaux équipements. L'accord en l'espèce a pour but de restreindre ou interdire aux entreprises participantes d'acheter de nouvelles technologies ou de nouveaux équipements. La deuxième catégorie est la restriction du développement de nouvelles technologies ou de nouveaux produits. L'accord monopoliste en l'espèce est d'empêcher ou d'éviter la concurrence due à l'apparition de nouveaux produits et de nouvelles technologies. Les cas corrélatifs à l'accord monopoliste de restriction d'accès à de nouvelles technologies sont nombreux en Chine. Il ne manque donc pas de jurisprudence en l'espèce. Il est permis de revoir l'affaire des entreprises textiles de la province de Zhejiang⁹⁶⁷.

752. En Chine, l'industrie textile est le secteur qui a le plus grand nombre d'entreprises dont les équipements et les technologies importés de l'ex-URSS il y a quelques dizaines d'années sont les plus sous-développés par rapport aux autres secteurs industriels. Dans ce secteur, la concurrence vicieuse entre les entreprises est un phénomène très courant qui entrave gravement la mise en œuvre des avantages dus à la main-d'œuvre bon marché. En mars 2001, les entreprises textiles de la province de Zhejiang s'entendent oralement en secret afin que les entreprises participantes à l'accord n'achètent, ni ne développent de nouvelles technologies ou de nouveaux équipements pendant trois ans. Deux mois après la conclusion de l'accord, une enquête est déclenchée par l'AIC locale à la suite d'une lettre de dénonciation d'une petite entreprise tiers. Faute de preuves précises et suffisantes, l'AIC locale clôt l'enquête. Cependant, en août 2001, un conflit entre les entreprises participant à l'entente causée par le fait que l'une d'entre elles a créé une nouvelle entreprise à participation étrangère avec une entreprise française en introduisant de nouvelles technologies et de nouveaux équipements, attire l'attention de l'AIC locale. A son initiative, une nouvelle enquête avec la politique de clémence porte ses fruits. En octobre, chacune de ces entreprises est frappée d'une sanction administrative en rapport avec la gravité de l'infraction.

Pourtant, ces entreprises ont intenté un procès administratif contre la décision administrative de l'AIC arguant du fait que l'entente entre elles avait pour but de protéger et de maintenir les intérêts économiques de l'exportation des produits textiles du pays, et que ces pratiques concertées devaient être exemptées de

infligées des sanctions administratives insignifiantes conformément à la Loi sur le prix de 1997.

l'application de la loi. Le tribunal de première et de deuxième instance a rejeté ce raisonnement et maintenu les mesures administratives de l'AIC.

4) Boycotts collectifs

753. Le boycott collectif désigne le refus concerté d'acheter ou d'approvisionner, ou la menace de ce refus, qui est l'une des formes les plus drastiques d'entrave au libre accès du marché. Autrement dit, il consiste à éliminer un concurrent en appelant à des mesures de rétorsion collective ou en organisant un refus collectif de contracter. Le boycott a pour objet et ou pour effet d'empêcher un concurrent désigné de pénétrer sur un marché ou de s'y maintenir.

Les boycotts collectifs peuvent être horizontaux (les concurrents conviennent entre eux de ne pas vendre à certains clients ou de ne pas acheter à certaines sources), ou verticaux (accords entre des parties situées à des niveaux différents du circuit de production et de distribution, qui conviennent de refuser de traiter avec un tiers, en général un concurrent de l'une d'elles). L'article 13.4 de la Loi antimonopole porte sur les boycotts collectifs horizontaux.

Les boycotts collectifs sont réputés illégaux aux Etats-Unis et en Europe, en particulier lorsqu'ils visent à faire respecter d'autres arrangements portant, par exemple, sur un prix de revente uniforme ou sur l'exclusivité d'échanges mutuels. Ainsi, les boycotts ou listes d'exclusion pour le respect des conditions concernant un prix de revente sont interdits aux Etats-Unis dans l'affaire *Northwest Wholesale Stationers*⁹⁶⁸. La Cour suprême fédérale constate que la prohibition *per se* n'est applicable qu'au cas où le boycott collectif restreint la concurrence. Dans certaines situations, les boycotts collectifs ont un effet positif sur l'efficacité économique sans nuire à l'intérêt légitime des autres acteurs du marché. Par exemple, le refus collectif de transaction avec une entreprise qui pollue l'environnement, ou le boycott collectif de petites et moyennes entreprises contre les grandes entreprises dans le but de sauvegarder la concurrence sur le marché.

754. En ce qui concerne les formes de boycott collectif, celui-ci « *peut revêtir différentes formes. Il peut résulter de consignes émanant des syndicats, organisations ou groupement professionnels, qui incitent leurs adhérents à ne pas contracter avec l'entreprise désignée. Le boycott peut se limiter à des menaces, des pressions, voire des mises en garde. Des détaillants adoptent un comportement anticoncurrentiel*

⁹⁶⁷ Source de l'affaire: SHANG Ming (dir.), *op.cit.* 116.

lorsqu'ils font pression sur leur fournisseurs afin qu'ils ne livrent pas leurs concurrents qui pratiquent des prix inférieurs.»⁹⁶⁹

Comme tous les autres accords monopolistes dont la plupart ont été objet d'enquêtes et ont été sanctionnés par l'Administration de l'industrie et du commerce conformément à la loi sur le prix de 1997, la loi contre la concurrence déloyale de 1993 et la loi sur la protection des droits et intérêts des consommateurs de 1993 et des règlements administratifs, le boycott collectif est un phénomène fréquent en Chine, avec des affaires typiques qui ont servi d'avertissement. L'affaire du boycott de quatre grands magasins à Shenyang contre le magasin *Guomei* en est un bon exemple.

755. Le magasin électroménager *Guomei*, l'un des plus grands distributeurs de produits électroménagers en Chine a affronté le boycott collectif de 4 grands magasins d'électroménagers de Shenyang, chef-lieu de la province de Jilin, dès le premier jour de l'ouverture d'un nouveau magasin dans cette ville le 11 août 2001. Le procédé fut le suivant : d'abord, ces 4 grands magasins électroménagers ont unifié le prix de leurs produits en créant une association de prix et en composant avec une dizaine de magasins, petits et moyens, dans la région de Shenyang, depuis 5 ans, afin de concurrencer *Guomei* avec des prix abusivement bas. Ensuite, l'association de prix a envoyé une notification urgente à tous les magasins d'électroménager de la ville affirmant que « *l'approvisionnement de Guomei dans la région de Shenyang avait été bloqué et coupé de manière effective grâce à la collaboration de ces 4 grands magasins avec l'ensemble des autres magasins électroménagers* ». L'association de prix exhortait par cette notification urgente « *tous les magasins à contrôler rigoureusement le marché des grossistes et à surveiller inlassablement la voie d'approvisionnement de Guomei, à interdire de manière résolue l'accès des produits des grossistes au magasin Guomei afin de purifier l'environnement du marché de Shenyang, et de rétablir l'ordre régulier de l'ancienne structure du marché de l'électroménager* ». En même temps, l'association de prix publiait une déclaration à l'ensemble des grossistes les menaçant de retenir 20% du paiement sur le montant du prix de leurs produits fournis s'ils *osaient (sic)* approvisionner *Guomei*.

En réalité, les pratiques anticoncurrentielles effectuées par l'association de prix des magasins électroménagers existaient depuis sa création en 1996 avec pour

⁹⁶⁸ L'affaire Northwest Wholesale Stationers, Inc c. Pacific Stationery & Printing Co., 472 U.S. 284 (1985).

⁹⁶⁹ Louis VOGEL, *Droit français de la concurrence*, SAS Lawlex, 2006. pp.287-288.

objectif d'unifier le prix de vente des produits électroménagers sur le marché Shenyang.

Avant la promulgation de la Loi antimonopole de 2007, aucune loi en Chine ne portait sur le boycott collectif. L'AIC locale ne pouvait donc sanctionner l'association et les 4 grands magasins que pour leurs pratiques de fixation de prix et de prix prédateur conformément à l'article 11 de la Loi contre la concurrence déloyale et l'article 14 de la Loi sur le prix.

2. Accords horizontaux de cloisonnement des marchés

1) Accord de répartition de marché

756. L'accord de répartition de marché désigne les pratiques concertées visant à répartir les marchés géographiques, les marchés de clientèle et les marchés de produits entre opérateurs économiques concurrents. Ces accords tendent à maintenir la position des entreprises en place et à renforcer ou à préserver certains schémas particuliers d'échanges commerciaux. Les entreprises concurrentes renonçant précisément à se disputer les clients ou les marchés. L'arrangement de la répartition de marché est souvent le fait d'entreprises dominantes, ou leaders, ou bénéficiaires d'une exclusivité.

L'article 13. 3 de la Loi antimonopole prohibe les accords qui ont pour objet ou pour effet de répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. Mais, au lieu de faire une distinction entre accords de répartition selon leur nature, géographique, de produits ou de clientèle, la loi précitée prohibe deux catégories de répartition de marché : celle des ventes et celle de l'approvisionnement.

La répartition des marchés de vente a pour but d'augmenter indirectement le prix des produits à vendre. Elle comporte deux situations : l'attribution aux entreprises participant à l'accord de marchés géographiques pour les produits ou les clients.

La répartition de marchés d'approvisionnement a pour but de faire baisser le prix d'achat des matières premières. Elle désigne aussi deux situations : la répartition des marchés géographiques d'approvisionnement des matières premières, et la répartition des fournisseurs en matières premières⁹⁷⁰.

757. Quant à la forme, l'accord de répartition de marché peut résulter d'un pacte de non-agression entre concurrents, qui peuvent convenir réciproquement de ne pas se

⁹⁷⁰ *Illustration des articles, du motif de législation et des Règlements corrélatifs de la Loi antimonopole de la République Populaire de Chine de 2007, op.cit. pp.66-68.*

faire concurrence, de se lier par une clause de non-concurrence ou encore de s'engager à ne pas démarcher leurs clientèles respectives. La clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps et dans l'espace et proportionnée à la fonction qu'elle remplit. Des entreprises peuvent également s'accorder pour geler les parts de marché. C'est le cas de l'affaire des téléviseurs⁹⁷¹.

De plus, il n'est pas inhabituel que les membres d'un groupement s'entendent entre eux pour se répartir le marché. De même, des associations professionnelles peuvent s'entendre avec leurs membres pour partager des marchés régionaux entre eux et exclure par là les non-membres.

Par ailleurs, des accords de répartition de marché peuvent se rencontrer dans le commerce international. Ils comportent souvent des divisions du marché mondial selon des critères géographiques, qui correspondent à des relations préétablies de fournisseur à acheteur. Les entreprises qui y participent conviennent presque toujours de ne pas se concurrencer sur le marché national.

II. Accords verticaux

758. Le sujet de la notion et de l'effet d'un accord vertical (A) sera abordé avant celui des formes des accords verticaux en droit chinois (B).

A. Notion et effet d'un accord vertical

759. L'accord conclu entre des opérateurs économiques qui n'opèrent pas au même stade du processus économique et ne sont donc pas concurrents entre eux est dénommé vertical. Les accords de distribution constituent leur domaine d'élection.

Les accords verticaux font l'objet d'une certaine indulgence des autorités de concurrence dans la mesure où, à la différence des accords horizontaux, ils entraînent en principe un accroissement de la concurrence inter-marques. Par exemple, un accord exclusif d'achat, peut ne pas produire, à elle seule, d'effet anticoncurrentiel sur le marché. Mais sa combinaison avec d'autres accords semblables peut produire un tel effet.

⁹⁷¹ *Supra*, n°746.

Dans de nombreuses juridictions⁹⁷², les restrictions verticales sont analysées selon la règle de raison, compte tenu du fait que de telles restrictions ne sont pas toujours préjudiciables et peuvent, en réalité, être avantageuses dans des conditions particulières de structure du marché. A titre d'exemple, en France, le Conseil de la concurrence soulignait dans son rapport de 1987 que les systèmes de distribution sélective ne sont pas nécessairement contraires aux dispositions de l'article L.420-1 du Code de commerce. « *Au fil des années, le Conseil de la concurrence a adopté une approche souple mettant l'accent sur l'ambivalence de ces accords qui réduisent la concurrence entre membres du réseau (concurrence intra-marque), mais augmentent en principe la concurrence entre réseaux (concurrence inter-marques).* »⁹⁷³ Les accords verticaux doivent donc être appréciés au regard du contexte dans lequel ils sont mis en œuvre. D'ailleurs, l'Administration de la concurrence s'oppose rarement aux restrictions verticales hors prix.

En générale, les restrictions verticales comprennent la fixation du prix de revente, les relations d'exclusivité et les restrictions concernant les marchés réservés ou d'exclusivité territoriale (géographique) imposées aux distributeurs. Mais, en droit chinois de la concurrence, l'interdiction ne s'applique, selon l'article 14 de la Loi antimonopole de 2007, qu'aux accords de distribution, entre fournisseurs et distributeurs (y compris le producteur et ses grossistes, le grossiste et ses détaillants) qui portent sur la fixation des prix de revente des distributeurs à des tiers ou la limitation d'un prix minimum de revente des distributeurs à des tiers. En effet, ces accords constituent en tant que tels, entre le fournisseur et les membres de son réseau de distribution, des ententes susceptibles d'affecter la concurrence par les clauses qu'ils contiennent ou en raison des conditions dans lesquelles ils sont appliqués.

⁹⁷² Par exemple, le champ d'application du règlement n° 2790-1999 sur l'application de l'article 81§3 du Traité de Rome à des catégories d'accords verticaux adopté par la Commission européenne le 22 décembre 1999, remplacé par le Règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 et ses Lignes directrices, est très large puisqu'il vise virtuellement tous les accords verticaux, c'est-à-dire tous les accords entre entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne de production et de distribution et dont l'objet est l'achat, la vente ou la revente de certains biens et services. Il remplace les règlements d'exemption 1983-83, 1984-83, et 4087-88 concernant respectivement la distribution exclusive, l'approvisionnement exclusif et la franchise. Seuls les accords qui sont contraires aux dispositions de l'article 81§1, mais qui remplissent avec suffisamment de certitude les conditions d'application de l'article 81§3 sont compris dans la catégorie (art.2). Le texte pose une présomption de légalité des accords qui ne contiennent pas de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves lorsque le fournisseur détient une part du marché ne dépassant pas 30% (art.3). Le règlement permet aux Etats membres de retirer une exemption sur leur propre territoire dès lors que ce dernier constitue un marché géographique distinct et que l'accord exempté comporte des effets incompatibles avec les conditions prévues par l'article 81, §3 du Traité de Rome. V. égal. Laurence IDOT, *Aperçu du nouveau régime des accords verticaux*, in LexisNexis JurisClasseur Europe n°7 juillet 2010, étude 8.

⁹⁷³ Louis VOGEL, *op.cit.* p. 304.

B. Les formes des accords verticaux en droit chinois

1. *Les restrictions verticales portant sur le prix de revente*

1) **Fixation du prix de revente**

760. Cette pratique est essentiellement énoncée dans un accord imposé aux grossistes ou détaillants par les producteurs ou les fournisseurs, de ne pas se faire concurrence sur les prix, en créant ainsi un réseau de distribution.

La rivalité sur le prix des produits est la forme principale de concurrence sur le marché. En d'autres termes, une concurrence effective dépend principalement des droits d'autonomie des acteurs économiques présents ou potentiels sur le marché, dont un est la liberté de fixer le prix de leur produits ou prestations. Imposer un prix de revente détruit profondément la base d'une concurrence effective : le prix d'une gamme de produits est fixé artificiellement, ce qui diminue, voire élimine la concurrence entre les distributeurs de ces produits dont le prix est fixé. Lorsque dans le domaine de la production de ces produits, il existe peu de producteurs voire un seul, fixer un prix de revente aux distributeurs constitue en effet un accord horizontal entre ces distributeurs sur le prix qui élimine directement la concurrence sur le marché.

En réalité, l'accord de fixation de prix de revente est fréquent sur les marchés très concentrés où la concurrence est faible. Lorsqu'il existe une concurrence effective sur un marché peu concentré, la libre concurrence sur le prix rend difficile la conclusion d'un accord de prix de revente entre les fournisseurs et les distributeurs, entre les grossistes et les détaillants. Dans ce cas, même si un tel accord est conclu, il est difficile de le maintenir.

2) **Limitation des prix *minima* de revente**

761. Les pratiques de prix minima de revente imposés sont aussi prohibées par la Loi antimonopole. A la différence des pratiques de fixation de prix de revente, la limitation de prix *minima* de revente n'a pas dépouillé les distributeurs de leur droit d'autonomie pour fixer le prix des produits. Les distributeurs sont libres d'ajuster le prix de revente selon la concurrence du marché, mais cette liberté est limitée, car elle ne permet d'ajustement qu'au-dessus du prix *minima* imposé. De plus, dans la situation de limitation de prix *minima* de revente, il est probable que le consommateur paiera plus cher le produit acheté que dans un contexte de concurrence effective.

Comme la fixation des prix de revente, la limitation des prix *minima* de revente est souvent le résultat d'un marché très concentré.

En bref, par ces deux formes de restrictions verticales portant sur les prix les fournisseurs exercent des pressions auprès des distributeurs pour les obliger à aligner leur prix à la hausse, la règle de prohibition *per se* étant appelée à s'appliquer⁹⁷⁴.

En droit européen de la concurrence, sont aussi interdites les pratiques verticales portant sur les prix de revente. Aux termes de l'article 4(a) du Règlement n°2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81.§3 du Traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées et des Lignes directrices de la Commission européenne⁹⁷⁵ sur les restrictions verticales de 2000, les accords ou pratiques concertées ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur doit appliquer ne doivent pas être exemptés de l'article 2 du Règlement n°2790/1999.

Quant au droit chinois de la concurrence, ni l'article 14, ni l'article 13 de la Loi antimonopole ne précise si la règle de prohibition *per se* doit s'appliquer aux accords horizontaux et verticaux. Pourtant, l'article 15.2 de la Loi précitée institue deux conditions juxtaposables d'exemption des accords monopolistes, la non-restriction de la concurrence, et la possibilité de profits pour les consommateurs. Selon ces deux conditions, les accords verticaux de fixation des prix de revente ou de limitation de prix *minima* de revente ne peuvent être exemptés, car ils éliminent la concurrence entre distributeurs et portent atteinte aux intérêts légitimes des consommateurs.

2. Autres restrictions verticales définies par l'autorité chinoise de concurrence

762. En vertu de l'article 14.3 de la Loi antimonopole, outre la fixation de prix de revente et la limitation de prix minima de revente, les accords qui seront considérés comme restrictions verticales par l'autorité chinoise de concurrence dans sa pratique d'application de la loi sont aussi prohibés. Cette clause confère une grande marge de

⁹⁷⁴ *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S.373 (1911). La pratique jurisprudentielle américaine garde son autorité jusqu'au 21^e siècle. Par exemple, dans l'affaire *Albrecht* de 1968. (*Albrecht v. Herald Co.* 390 U.S. 145 (1968)), l'affaire *California Retail Liquor Dealers' Association* de 1980 (*California Retail Liquor Dealers' Association v. Midcal Aluminum, Inc.* 445 U.S.97 (1980)). Cependant, cette pratique est mise en cause dans l'affaire *State Oil (State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3. 118 S. Ct. 275 (1997)) pour être finalement condamnée par la Cour suprême dans l'affaire *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* Dorénavant, la règle de raison entre dans le champ d'analyse des accords de fixation des prix de revente dans la jurisprudence américaine.

manœuvre à l'autorité compétente de la concurrence pour décider quels accords verticaux hors prix seront sous le coup de la Loi antimonopole. Selon les experts juristes chinois, presque tous les autres accords verticaux hors prix dans la jurisprudence occidentale pourraient faire l'objet d'une interdiction dans l'application de la Loi antimonopole des autorités compétentes⁹⁷⁶.

Même si leur opinion n'est en rien une force juridique, elle joue un rôle important de référence dans l'application de la loi des autorités compétentes. D'après eux, les accords verticaux hors prix susceptibles d'être considérés comme interdits par les autorités chinoises sont des accords d'exclusivité, restrictions concernant l'exclusivité territoriale ou de clientèle⁹⁷⁷, des accords de distribution sélective⁹⁷⁸ et des accords de vente liée, etc.

763. La marge de manœuvre conférée par la loi aux autorités chinoises antimonopolistes en ce qui concerne la détermination des autres accords verticaux monopolistes est trop large pour être prévisible. De plus, faute de texte législatif et d'expérience jurisprudentielle, l'intervention des autorités antimonopolistes chinoises en l'espèce sera ajournée bien que se multiplient les phénomènes de restrictions verticales hors des prix à la concurrence. Par rapport à ces restrictions, il y a urgence à régler les accords verticaux portant sur les prix en raison de la gravité du préjudice pour la concurrence sur le marché chinois. Ceci pourrait être une raison pour laquelle le législateur chinois ne prévoit définitivement que deux accords verticaux sur les prix de revente.

⁹⁷⁵ 2000/C291/01, les Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, publiées le 13 octobre 2000.

⁹⁷⁶ SHANG Ming (dir), op.cit. p. 140-148. v. aussi, WANG Xiaoye (dir), *Explication détaillée de la Loi antimonopole de la R.P.Chine*, Edition de la Propriété Industrielle, 2008. p.107-116.

⁹⁷⁷ L'article 4, point b du Règlement n°2790/1999 du 22 décembre 1999 et Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81,§1 du traité de Rome (de minimis), (2001/C368/07). Point 50 des Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales.

⁹⁷⁸ TPICE, 12 décembre 1996, Groupement d'achat Edouard Leclerc c/Commission, aff. T-19/92, Rec. II-1851, point 137 : « un critère relatif à l'environnement dans lequel est situé un point de vente de cosmétiques de luxe

Chapitre 2 Le contrôle de concurrence déloyale et d'abus des droits de propriété intellectuelle

764. Du point de vue de la pratique, au-delà des pratiques anticoncurrentielles sous l'angle du droit antimonopole ou antitrust, les pratiques qui ont une forte coloration de concurrence sont la concurrence déloyale et l'abus des droits de propriété intellectuelle. Du point de vue théorique, pour la plupart des juristes chinois, le droit de la concurrence est un concept extensif qui inclut le droit antitrust et celui contre la concurrence déloyale et l'abus des droits de propriété intellectuelle qui perturbe le jeu du marché. De ce fait, à la fin de l'examen général de la politique de la concurrence de l'Etat chinois, le contrôle de concurrence déloyale (**Section 1**) et le contrôle de l'abus des droits de propriété intellectuelle (**Section 2**) n'échappent pas à notre étude.

Section 1 Le contrôle de concurrence déloyale

765. L'étude de la politique chinoise du contrôle de concurrence déloyale nous amène d'abord à la considération des principes doctrinaux dans la théorie de la concurrence déloyale (§1), et ensuite nous amène à analyser la pratique pour voir les insuffisances de la loi contre la concurrence déloyale de 1993 à travers les formes que la concurrence déloyale et le projet de modification de la loi contre la concurrence déloyale de 2009 (§2) peuvent prendre.

§1. Principes doctrinaux du droit contre la concurrence déloyale

766. S'agissant des doctrines de la théorie de la concurrence déloyale, la conception du droit contre la concurrence déloyale dont les finalités et l'application administrative et judiciaire font parties, justifie l'existence de cette branche juridique (I), tandis que la délimitation des éléments constitutifs des comportements en concurrence déloyale détermine la force appréhensive et l'efficacité de l'application de la loi en l'espèce (II) qui appelle une modification profonde.

I. Conception et application du droit contre la concurrence déloyale

n'est pas en soi visé par l'article 85, §1 du traité, dans la mesure où il a pour objet d'assurer que de tels produits ne soient pas vendus en des lieux totalement inadaptés à de telles ventes ».

A. Conception du droit contre la concurrence déloyale

1. *Un palliatif faisant face à la nécessité urgente du développement économique*

767. En général, la naissance des règles sur la concurrence dépend de trois conditions *sine qua non* : au moins deux acteurs indépendants économiquement, un terrain approprié que ce soit géographique ou d'une gamme de produits, au sujet de laquelle les acteurs rivalisent pour capter la clientèle à leur profit, et des instruments réglementaires qui assurent le bon fonctionnement du jeu de la concurrence.

Or, le fondement de ces trois conditions est l'évolution de l'économie des marchandises à l'économie de marché. L'acte concurrentiel des acteurs engendre depuis son apparition la semence destructive de la concurrence elle-même, chaque acteur agit individuellement en face de la concurrence pour se protéger et pour être vainqueur. C'est dans ce conflit entre les pratiques concurrentielles et les comportements anticoncurrentiels que se développe l'économie de marché. Ainsi, une économie de marché signifie que plus la concurrence entre les acteurs économiques est libre, plus les facteurs destructeurs dans les pratiques au détriment de la concurrence sur l'économie de marché sont insidieux.

768. Les instruments réglementaires interviennent alors dans la mesure où une morale d'exploitation économique devrait être établie pour assurer les intérêts de tous les acteurs économiques sur le marché par la prohibition des actes immoraux des acteurs. En l'occurrence, au lieu d'être bien conçue, bien structurée, la loi sur les pratiques déloyales est plutôt un palliatif pour résoudre les problèmes les plus urgents sur le marché. C'est pourquoi la première loi sur les pratiques déloyales au monde a été constituée en France par des règles législatives éparses dans le Code civil dont les articles 1382 et 1383 fondent le corps principal du droit de la concurrence déloyale sur le droit commun de la responsabilité en répondant « à plusieurs finalités dont celle de moraliser telle ou telle pratique commerciale... »⁹⁷⁹ Même si au fur et à mesure, en faisant jouer tous les ressorts permettant d'éviter les insuffisances du palliatif, les imitateurs extérieurs comme les Allemands qui adoptèrent la première loi spécifique sur les pratiques déloyales de la concurrence le 27 mai 1896, le droit sur la concurrence déloyale de chaque pays ne saurait oublier sa nature primitive, à savoir celle de palliatif. Le cas chinois en est une bonne illustration.

⁹⁷⁹ Dominique Brault, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*. LGDJ. 2004, p.177.

1) Le contexte de la conception de la loi sur la concurrence déloyale

769. Au cours d'une dizaine d'années de réforme économique depuis 1978 jusqu'aux années 90, les éléments essentiels de l'économie de marché moderne se sont établis progressivement, avec les acteurs indépendants et autonomes de concurrence, l'ouverture du marché des produits, des services et l'ouverture géographique, la liberté économique et l'introduction du jeu de la concurrence dans presque tous les domaines. Le fruit escompté depuis longtemps par l'Etat chinois de cette réforme est la vitesse débridée du développement économique. Cependant, la réforme juridique dans le domaine économique n'était pas sur la même longueur d'onde que la réforme du régime économique. Sans appréhension juridique efficace, toutes sortes de comportements d'anti-concurrence déferlent dans tous les domaines économiques. Le territoire chinois a été inondé de produits contrefaits et de mauvaise qualité, la contrefaçon concerne toutes les marques prestigieuses, en particulier les domaines du vin, du cigare, de la confection, de l'alimentation, de l'électroménager, du médicament, des semences, des pesticides et des herbicides agricoles, etc. Les pots-de-vin commerciaux accompagnés des dénigrement et des violations des secrets commerciaux sont des phénomènes courants et peu surprenants. Le monopole administratif et celui des entreprises publiques ainsi que le cloisonnement régional servent d'excuse pour empiéter sur les intérêts légitimes des consommateurs et des acteurs concurrents tout en étouffant la concurrence sur le marché chinois, perturbant le fonctionnement du marché. La réforme du système juridique sur l'économie est une nécessité intrinsèque du développement économique.

L'appel du droit du marché devenait d'autant plus urgent que l'intérêt de l'Etat chinois sur le plan mondial est lésé de manière significative : la réputation générale des produits chinois exportés à l'étranger est dégradée à cause des produits contrefaits exportés, la confiance des investisseurs étrangers et des pays étrangers dans la politique de réforme de la Chine est minée à cause des violations répétitives des droits de la propriété intellectuelle étrangère. C'est dans ce contexte qu'a été faite à la sauvette, la promulgation de la loi sur la concurrence déloyale.

2) Le processus de la promulgation de la loi contre la concurrence déloyale

770. L'apparition éparses des dispositions sur la concurrence déloyale commence par le Règlement de l'administration de la publicité en 1982 qui interdisait les comportements monopolistes et déloyaux des opérateurs économiques dans l'activité publicitaire. A la fin de l'année 80, des réglementations administratives concernant la

concurrence déloyale ont été adoptées par des gouvernements locaux dans les régions où les activités économiques étaient particulièrement animées. Tel est le cas des «Procédés à titre d'essai de la municipalité de WuHan relatifs à l'interdiction de la concurrence déloyale» en 1985. A partir de 1987, la Commission de rédaction de la loi sur la concurrence déloyale était formée par le CAE. Cinq ans après, en mars 1993 le projet de la loi était finalement soumis à l'autorisation du CAE, après avoir été remanié sept fois. Pendant la rédaction de la loi, le Mémoire sur la protection de la propriété intellectuelle entre les gouvernements des Etats-Unis et de la Chine en janvier 1992 jouait un rôle catalyseur de la promulgation officielle de la loi contre la concurrence déloyale le 2 septembre 1993, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1993.

Les engagements du Gouvernement chinois vis-à-vis des Etats-Unis sont mis dans l'article 4 du mémorandum. Selon ces engagements, le Gouvernement chinois doit réprimer toute violation du secret commercial ayant lieu dans le territoire chinois conformément à l'article 10 de la Convention de Paris de 1897 concernant la concurrence déloyale pour protéger la propriété intellectuelle étrangère en soumettant le projet de protection du niveau demandé par le mémorandum à l'autorisation de l'organe législatif avant le 1^{er} juillet 1993 et le faisant promulguer et entrer en vigueur avant le 1^{er} janvier 1994. L'application des engagements chinois est assez prompte avec une réaction docile du Gouvernement chinois qui s'est fait une illusion que l'attitude obéissante aux Etats-Unis et aux autres pays occidentaux lui permettrait de devenir un des membres fondateurs de l'OMC en 1995⁹⁸⁰. Dans ce contexte, la loi contre la concurrence déloyale de 1993 est marquée profondément par le pragmatisme.

771. En tant qu'expédient, la Loi précitée possède deux caractéristiques remarquables : d'un côté, elle a joué son rôle de fondateur du régime juridique du marché, une quantité considérable des comportements déloyaux étant sanctionnés par l'AIC de tous échelons ; de plus de riches expériences jurisprudentielles de l'action de responsabilité civile en concurrence déloyale étaient accumulées par le tribunal de tous échelons ; de l'autre côté, des insuffisances de la Loi précitée ne sauraient être corrigées que par un remaniement total et bien délibéré : le défaut d'une disposition

⁹⁸⁰ Depuis l'échec d'entrer à l'OMC, la méfiance envers les occidentaux s'approfondie. La pression issue des pays occidentaux sur le Gouvernement chinois ne suscite en lui que le ressentiment et la détermination de compter sur ses propres forces et de faire jouer tous les ressorts afin de se hisser au premier rang mondial tant au plan économique qu'au plan politique.

générale restreint l'application de la loi sur de nouveaux comportements déloyaux qui ne sont pas énumérés dans la liste noire de la loi ; des expressions et définitions équivoques rendent souvent la loi inapplicable ; le régime de la responsabilité juridique est déséquilibré, la responsabilité administrative l'emporte sur la responsabilité civile ; les mesures coercitives administratives sans force de dissuasion et les méthodes d'enquête insuffisantes ne permettent pas une lutte efficace contre la concurrence déloyale ; la technique et le mode législatif sont tellement infantiles que la loi baptisée « concurrence déloyale » tente d'inclure les pratiques anticoncurrentielles et les comportements déloyaux. Toutes ces insuffisances font l'objet d'une modification totale en deux étapes : la promulgation de la Loi antimonopole de 2007 et la modification de la loi contre la concurrence déloyale dont le projet rédigé 11 fois depuis 2005 a été soumis à l'approbation de l'organe législatif en septembre 2009.

2. Les finalités du droit contre la concurrence déloyale

772. *«En raison de son processus de formation, le droit de la concurrence déloyale repose sur une philosophie différente de celle du droit des pratiques restrictives de concurrence. Le droit de la concurrence déloyale n'a pas été construit suivant un dessein économique précis ; il ne vise pas à protéger une catégorie d'acteurs économiques»⁹⁸¹. Mais, au fond, qu'est-ce que le droit de la concurrence déloyale vise à protéger ?*

Aux termes de l'article 1 de la Loi contre la concurrence déloyale de 1993, la loi chinoise sur la concurrence déloyale est *«promulguée en vue d'assurer le développement de l'économie socialiste du marché dans de bonnes conditions, d'encourager et protéger la concurrence équitable, de réprimer les comportements en concurrence déloyale et de protéger les intérêts légitimes des opérateurs économiques et des consommateurs»*. Ces termes suscitent dans le milieu de juristes chinois deux approches de réflexion sur les finalités du droit de la concurrence déloyale. La première est étymologique, tandis que la deuxième est basée sur la source déontologique de ces termes législatifs.

1) L'approche étymologique du texte de l'article 1 de la Loi contre la concurrence déloyale

⁹⁸¹ Marie-Anne Frison-Roche et Maire –Stéphane Payet, *Droit de la concurrence*, Dalloz 2006. p.379.

773. D'après l'école étymologique, les finalités du droit de la concurrence déloyale reposent sur trois niveaux différents ⁹⁸²:

Premièrement, la finalité directe du droit sur la concurrence déloyale est de *réprimer les comportements en concurrence déloyale*. Comme on a déjà constaté que les actes et agissements déloyaux des opérateurs économiques ont entravé gravement l'établissement et le développement de l'économie socialiste du marché, empiété sur l'environnement d'investissement de la Chine, tout en portant atteinte aux intérêts légitimes des consommateurs et aux autres acteurs sur le marché. A la différence du système juridique français de la concurrence déloyale élaborée par la jurisprudence sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, qui autorise le victime de procédés déloyaux à poursuivre leur auteur en responsabilité civile et à obtenir réparation de son préjudice, le droit de responsabilité civile dans le domaine de la concurrence économique faisait défaut en Chine, pour autant, l'adoption d'une loi sur les comportements déloyaux dans la situation de concurrence constitue le seul moyen efficace de les appréhender.

Le législateur chinois de première génération confondait la conception du droit sur la concurrence déloyale et celui d'antitrust ou d'antimonopole. Pour eux, les comportements en concurrence déloyale comprennent non seulement la concurrence déloyale au sens propre, telle que l'usurpation des signes commerciaux d'autrui, la corruption commerciale, la publicité trompeuse, la vente avec prime de manière illégale et le dénigrement, etc., mais aussi des comportements restrictifs à la concurrence au sens du droit antitrust, tels que l'entente à l'offre, la vente liée, l'abus de position dominante et la vente à prix excessivement bas, etc., et même encore les comportements administratifs qui restreignent la concurrence des opérateurs sur le marché. C'est la raison pour laquelle, 11 sortes de comportements sont énumérées exhaustivement comme comportements déloyaux par la Loi contre la concurrence déloyale de 1993.

774. Deuxièmement, la finalité du droit sur la concurrence déloyale est *d'encourager et protéger la concurrence équitable et finalement assurer le développement de l'économie socialiste du marché dans de bonnes conditions*. Un consensus général tant chez les juristes que chez les économistes- malgré leur dispute sur la nécessité d'une loi sur la concurrence,- est ce que la concurrence est le

⁹⁸² SHAO Jiandong (dir.), *Cours du Droit de la concurrence*, Edition de la Propriété intellectuelle, 2004.p.19.

caractère de l'économie de marché et « *l'âme et noyau du marché qui joue son rôle de répartition des ressources économiques* »⁹⁸³ et qu'une concurrence équitable et efficace constitue la clef pour optimaliser les profits économiques tant pour l'Etat que pour chaque individu et le fondement de la bonne santé de l'économie socialiste du marché.

775. Troisièmement, la finalité sociale est de *protéger les intérêts légitimes des opérateurs économiques et des consommateurs*. Lorsque l'auteur de comportements déloyaux et la victime ont une activité concurrente, ils ont une clientèle commune. En l'occurrence, le détournement de cette clientèle par le dénigrement, la publicité trompeuse, l'usurpation de la propriété intellectuelle d'autrui ou d'autres excès de la concurrence, sont préjudiciables à la victime concurrente. Aussi, un risque de concurrence préjudiciable peut se présenter pour deux entreprises qui ne disposent pas d'une clientèle commune dans le cadre de rapports verticaux comme des agissements parasitaires. La loi sur la concurrence déloyale permet le versement de dommages-intérêts à la victime auquel les excès de la concurrence portent préjudice en poursuivant l'action en responsabilité civile⁹⁸⁴.

En ce qui concerne la protection des intérêts de consommateurs, il y avait un désaccord parmi les juristes chinois au stade de législation de la loi sur la concurrence déloyale. Pour les uns, la finalité du droit sur la concurrence déloyale ne doit être que la protection des intérêts des opérateurs économiques sur le marché, car c'est le rapport commercial entre les acteurs économiques sur le marché non pas la relation entre les opérateurs économiques et les consommateurs que vise la loi sur la concurrence déloyale⁹⁸⁵. Pour les autres, la protection explicite des intérêts des consommateurs est aussi importante que la protection des intérêts des opérateurs économiques par le droit sur la concurrence déloyale, car finalement ce sont les consommateurs qui supportent la conséquence de la concurrence déloyale d'opérateurs économiques en face d'un choix plus limité de produits de qualité moins bonne et plus chers⁹⁸⁶.

⁹⁸³ SHAO Jiandong, (dir), op.cit. p.20.

⁹⁸⁴ L'article 20 de la Loi contre la concurrence déloyale de 1993 prévoit que « *lorsque l'opérateur agissant à l'encontre des dispositions de la présente loi porte atteinte aux intérêts de l'opérateur victime, il doit assumer la responsabilité de dommages-intérêts... La victime dont les intérêts légitimes sont préjudiciés par les comportements en concurrence déloyale peut intenter l'action civile devant le tribunal compétent.* »

⁹⁸⁵ LIU Mingxue, *Des illustrations sur le projet de la Loi contre la concurrence déloyale*, le 22 juin 1993. <http://www.law-lib.com/fzdt/newshtml/20/20050802221524.htm>

⁹⁸⁶ HU Kangsheng, *Illustrations sur la Loi contre la concurrence déloyale de la RPC*, Edition du Droit, 1994, p.6-7.

776. Bien que la protection des intérêts de consommateurs ait été écrite dans l'article 2 de la Loi contre la concurrence déloyale, aux termes de l'article 20 de la Loi contre la concurrence déloyale de 1993, il n'y a que les opérateurs économiques victimes qui ont le droit d'intenter une action civile devant le tribunal populaire pour récupérer les dommages-intérêts des dommages causés par les comportements déloyaux des autres opérateurs. La protection des intérêts des consommateurs est assurée indirectement par la protection efficace de la concurrence loyale et des intérêts des opérateurs économiques. En effet, l'intérêt des opérateurs et celui des consommateurs ne sont pas en conflit dans la loi sur la concurrence déloyale, la protection directe des premiers est une étape essentielle pour la protection des derniers; en revanche, la protection des derniers est le résultat de la protection des premiers.

2) L'approche de réflexion déontologique

777. Des réflexions ont été faites sur la source déontologique du droit de la concurrence par des juristes chinois. D'après eux, le droit de la concurrence au sens extensif, qui consiste en un régime juridique des pratiques anticoncurrentielles, d'une part, et du régime juridique de la concurrence déloyale, d'autre part, repose sur trois fondements déontologiques : l'intérêt général, l'égalité et la loyauté.

En premier lieu, l'intérêt général doit être la finalité suprême de la loi contre la concurrence déloyale.

Selon l'article 1 de la Loi précitée, l'objectif premier de la loi est de promouvoir et protéger la concurrence loyale entre les acteurs économiques sur le marché, car la protection de la concurrence loyale contribue à augmenter la compétitivité des entreprises, à améliorer le bien-être des consommateurs et à rationaliser la répartition des ressources économiques sur le marché. Dans ce sens, le droit de la concurrence déloyale dépasse le cadre du droit privé, car sa valeur représente l'intérêt général de la société. Certes, la protection de l'intérêt général de la société est réalisée concrètement par la protection des intérêts particuliers des concurrents qui est l'objectif direct du droit sur la concurrence déloyale. C'est là où se séparent le droit sur la concurrence déloyale et le droit des pratiques anticoncurrentielles dont l'objectif direct est la protection du marché en maintenant la libre concurrence suffisante pour susciter le progrès économique et social.

En deuxième lieu, la prémisse de la protection de l'intérêt général par le droit sur la concurrence déloyale est l'égalité.

Le droit de la concurrence en tant que tel, se doit tout à la fois d'assurer l'effectivité et la loyauté de la concurrence. Le rapprochement effectué entre la concurrence déloyale et les pratiques anticoncurrentielles est révélateur du lien qui est tissé entre la loyauté de la concurrence et l'existence de la concurrence. Cette relation étroite entre le droit de la concurrence déloyale et celui des pratiques anticoncurrentielles révèle l'unité profonde du droit de la concurrence. Le véritable ciment de cette unité réside dans un principe qui n'est pas celui de la libre concurrence mais celui de l'égalité dans les moyens de la concurrence. Autrement dit, les objectifs de loyauté et de bon fonctionnement du marché fusionnent dans une notion plus large d'égalité dans les moyens de la concurrence présentée comme le fond commun de l'ensemble du droit de la concurrence.

Il ne s'agit pas, bien entendu, de vouloir l'égalité des concurrents, ce qui serait en total contradiction avec l'idée même de compétition. La finalité du droit de la concurrence n'est pas égalitaire. En revanche, il est nécessaire d'organiser des règles du jeu permettant aux concurrents de se battre avec les mêmes armes. Comme un juriste français l'a dit, « *il faut partir du constat que la plupart des règles du droit de la concurrence ont pour vocation de sanctionner une rupture d'égalité entre concurrents* »⁹⁸⁷.

En troisième lieu, la loyauté constitue le fondement moral du droit sur la concurrence déloyale.

L'exigence essentielle de l'équité du système juridique se traduit comme la loyauté dans le droit sur la concurrence déloyale dont l'objectif direct est de promouvoir et protéger la concurrence loyale entre acteurs économiques sur le marché. En absence d'une notion législative de la concurrence loyale, des juristes se sont efforcés de la définir doctrinalement. D'après eux, la concurrence loyale doit désigner « *un mécanisme du marché dans lequel les acteurs économiques du marché réalisent leurs intérêts lucratifs à travers les moyens ou les procédés conformes à la loi et à la morale commerciale.* »⁹⁸⁸

Le système juridique du marché se fonde sur la liberté du commerce et de l'industrie, avec en corollaire la libre concurrence. Le marché obéit à la loi de l'offre et de la demande et les opérateurs économiques peuvent offrir à la même clientèle des

⁹⁸⁷ Marc Gomy, *Concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles*, in *Le Code de commerce : son histoire et l'évolution parallèle du droit de la concurrence déloyale*, dir. par Yves PICOD, Pup.2009. p.51.

⁹⁸⁸ CHONG Mingzhao, *Droit de la concurrence*, Edition du Droit, 2002, p.111.

produits ou services similaires. Même si le détournement de clientèle résulte inéluctablement du jeu de l'offre et de la demande, la liberté de la concurrence ne peut être sans limites. Comme toute liberté, elle doit s'exercer dans le respect de celle d'autrui. Les opérateurs doivent donc respecter un certain nombre de règles et ne peuvent adopter un comportement déloyal, c'est-à-dire contraire aux usages du commerce ou aux lois et règlements en vigueur. « *La déloyauté est une faute, même non intentionnelle, et oblige à réparation.* »⁹⁸⁹

C'est ainsi que le droit sur la concurrence déloyale autorise la victime de procédés contraires aux règles du commerce à poursuivre leur auteur en responsabilité civile. En droit chinois, la sanction administrative est plus importante que la sanction judiciaire : elle n'est pas seulement destinée à réparer un préjudice, elle est également préventive et peut être prononcée pour faire cesser un trouble commercial causé par les actes déloyaux. En bref, le principe de loyauté du droit sur la concurrence déloyale vise à moraliser les relations entre les opérateurs économiques sur le marché. L'exigence de la loyauté dans les activités économiques est de type disciplinaire et a pour principal objectif de faire respecter les usages professionnels.

778. En tout état de cause, « *selon le caractère répressif ou indemnitaire de l'action, la faute est alors définie plus ou moins largement et sa sanction permet de protéger non seulement les concurrents directement lésés, mais aussi les consommateurs. Certains pays européens, comme l'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas, combinent cette conception déontologique de l'action avec une conception plus large qui reconnaît que les consommateurs ou utilisateurs finals ont en règle générale intérêt à ce que les opérateurs se conforment aux usages honnêtes du commerce.* »⁹⁹⁰

B. Application administrative et judiciaire de la Loi contre la concurrence déloyale

779. S'agissant de l'application de la loi contre la concurrence déloyale de 1993, l'Etat chinois a institué un mécanisme dualiste de la mise en œuvre : l'administration compétente est chargée d'enquêter sur les actes déloyaux et de les appréhender par les sanctions administratives tandis que le tribunal populaire a la compétence de poursuivre en responsabilité civile des auteurs d'une concurrence préjudiciable.

⁹⁸⁹ Louis VOGEL, *Droit de la Concurrence déloyale*, LawLex, 2007-2008. p.10.

⁹⁹⁰ Louis VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale*, *op.cit.* p.11.

1. L'application administrative

780. Aux termes de l'article 3 de la Loi contre la concurrence déloyale de 1993 (le projet de modification),

«L'administration locale à tout échelon doit adopter des mesures pour réprimer les comportements déloyaux afin de créer un environnement et des conditions favorables à la concurrence loyale.

L'Administration générale de l'Industrie et du Commerce (AIC) du Conseil des Affaires d'Etat et les ramifications de l'AIC à tout échelon sont investies par la présente loi du pouvoir de surveiller et contrôler les comportements déloyaux.

En ce qui concerne d'autres lois qui ont établi d'autres organes de surveillance des comportements déloyaux visés par la présente loi, ces lois spécifiques doivent être respectées. »

Pendant la période de transition du régime économique planifié à celui de l'économie de marché dont le bon fonctionnement est orienté par le jeu de la concurrence, il était urgent pour l'Etat chinois d'instituer un organe spécifique avec une puissante force de dissuasion qui puisse appréhender et réprimer la propagation d'agissements contraires aux règles du jeu de la concurrence, aux usages commerciaux et aux lois et règlements administratifs. L'AIC et ses ramifications locales sont ainsi devenues une police du marché et un arbitre en donnant leur évaluation et décision de manière impartiale et objective sur les affaires concernant la concurrence déloyale dénoncées par le public ou intentées par les victimes des actes déloyaux, d'autant plus que le peuple chinois n'était ni conscient ni n'avait l'habitude de se protéger par l'arme juridique devant un tribunal. La faible conscience juridique dans l'esprit du peuple rendait difficile le positionnement de la concurrence déloyale dans la responsabilité civile. Donc, la loi contre la concurrence déloyale était conçue depuis le début comme règlement administratif portant sur l'ordre public de l'économie. Une quinzaine d'années de pratiques d'application administrative de l'AIC a bien témoigné de son rôle crucial dans le maintien de l'ordre public d'économie nationale et de sa contribution grandiose au développement économique de l'Etat chinois.

781. Outre que l'AIC et ses ramifications locale jouent un rôle de police de manière active et efficace, d'autres organes sectoriels ne manquent pas de donner leur coopération dans leur secteur en profitant de leur nature professionnelle conformément à l'article 3 de la Loi contre la concurrence déloyale. Par exemple,

l'administration nationale d'hygiène et ses ramifications locales sont responsables de la surveillance et du contrôle des comportements déloyaux dans de domaine de l'hygiène alimentaire conformément à la Loi sur l'hygiène alimentaire ; l'administration nationale de produits pharmaceutiques et ses ramifications locales sont chargées des comportements déloyaux dans la production et le commerce des produits pharmaceutiques selon la Loi de l'administration des produits pharmaceutiques ; la Banques du peuple chinois se charge de contrôler les agissements déloyaux dans le domaine des banques du commerce conformément à la Loi sur les banques commerciales. En vertu de l'article 3 de la Loi contre la concurrence déloyale, le rôle de ces organes spécifiques et sectoriels ne peut se substituer à l'AIC et ses ramifications locales.

782. A cause de la nature d'expédient de la Loi contre la concurrence déloyale dont la plupart des dispositions sont abstraites et équivoques, afin de pouvoir bien appliquer la loi précitée, l'AIC a été obligée d'adopter un grand nombre des règlements administratifs qui construisent avec la loi précitée d'ensemble le régime juridique de la concurrence déloyale. Parmi ces règlements administratifs, il est nécessaire d'énumérer quelque uns des plus importants :

- « Règles relatives à la répression des comportements en concurrence déloyale dans la vente avec prime » du 24 décembre 1993 ;
- « Règles relatives à la répression des restrictions de concurrence effectuées par les entreprises chargées de services publics » du 24 décembre 1993 ;
- « Règles relatives à la répression des comportements en concurrence déloyale concernant l'imitation de l'appellation, du conditionnement et de la décoration spécifique de produits de notoriété » du 6 juillet 1995 ;
- « Règles relatives à la répression des infractions aux secrets d'affaires » du 23 novembre 1995 ;
- « Règlement relatif à l'interdiction des comportements concernant la corruption commerciale (à titre provisoire) » du 15 novembre 1996 ;
- « Règlement relatif à l'interdiction des comportements concernant l'entente dans les appels d'offre commerciaux » du 6 janvier 1998.

783. Tous ces règlements administratifs visant à clarifier les dispositions de la Loi contre la concurrence déloyale servent de lignes directrices (de manière significative) dans l'application administrative de la loi précitée par l'AIC et ses ramifications locales. Cependant, l'AIC n'est pas l'organe législatif, elle ne peut renforcer la force

juridique de la loi précitée en ajoutant la responsabilité administrative ou la pénibilité de sanction administrative aux infracteurs de la loi par ses règlements administratifs. Quelques défauts innés de la loi affaiblissent d'une certaine manière la force dissuasive de l'application administrative de l'AIC.

En premier lieu, la Loi contre la concurrence déloyale n'a pas institué de responsabilité administrative pour tous les comportements en concurrence déloyale qu'elle a énumérés dans ses dispositions. Parmi les 11 sortes de comportements déloyaux énumérés, il n'y a que 8 d'entre eux qui sont susceptibles d'une sanction administrative. Quant au dénigrement par des informations mensongères et frauduleuses, la vente à perte et l'abus du pouvoir administratif et restrictif à la concurrence, l'administration compétente ne peut rien faire. Le contrôle administratif perd sa force en face de ces comportements.

En deuxième lieu, les mesures coercitives administratives et les mesures d'enquête administratives ne sont pas assez puissantes de sorte que l'AIC ne peut agir devant des comportements déloyaux dans certaines circonstances. Par exemple, les mesures coercitives, telles que l'apposition des scellés, la saisie et le gel, font défauts si bien que l'AIC et ses ramifications sont réduites à l'impuissance en face du déplacement des biens illégaux et du détournement d'intérêts illégaux dans les banques.

En dernier lieu, l'intention du législateur chinois de la Loi contre la concurrence déloyale était de créer une institution de la nature d'un arbitre impartial avec un esprit juste et responsable qui se soucie des intérêts des opérateurs économiques comme de ses propres intérêts. Cependant, dans une société sans système efficace de surveillance démocratique, plus le pouvoir administratif est concentré, moins l'administration est efficace, d'ailleurs, c'est une bonne terre pour la corruption commerciale. Que dire alors des autres comportements déloyaux ?

De ce sens, l'application judiciaire de la Loi précitée constitue une approche supplétoire par rapport à l'application administrative de l'AIC.

2. L'application judiciaire

784. Pour l'essentiel, au plan mondial, c'est sur le droit commun de la responsabilité que s'est édifié le droit de la concurrence déloyale. On distingue deux grandes approches des pratiques concurrentielles déloyales : l'approche civiliste et l'approche pénale.

Selon la première approche, la concurrence déloyale consiste essentiellement en une atteinte anormale à des intérêts privés. Celle-ci justifie les réactions des victimes qui agissent devant le tribunal pour la poursuite de la responsabilité civile des comportements déloyaux. Cela peut donner lieu au versement de dommages-intérêts aux victimes des comportements déloyaux. Selon la deuxième approche, certains comportements, définis a priori, constituent des troubles à l'ordre public économique. Ils font l'objet de réglementations de l'Etat qui portent sur des pratiques pénalement sanctionnables.

Ces deux approches coexistent dans de nombreux droits étrangers, par exemple, en droit français, en droit allemand et en droit japonais. Dans ces pays, l'action en concurrence déloyale joue un rôle principal et essentiel pour protéger la liberté de la concurrence contre certains comportements moralement répréhensibles. En même temps, comme une approche secondaire, le législateur de ces pays délimite la concurrence illégale par des textes législatifs ou réglementaires assortis de sanctions pénales pour interdire certains procédés, souvent déloyaux afin de moraliser l'activité économique. En l'espèce, sont notamment sanctionnées pénalement la revente à perte, la publicité mensongère et frauduleuse, les fraudes et falsifications, etc.⁹⁹¹

785. À la différence de ces systèmes juridiques étrangers, l'application judiciaire de la Loi contre la concurrence déloyale ne prend qu'une position secondaire dans la répression des comportements déloyaux en Chine.

L'article 20 de la loi précitée constitue le fondement juridique de l'application judiciaire de la loi. En vertu des textes de l'article 20, *«lorsque l'opérateur agissant à l'encontre des dispositions de la présente loi porte atteinte aux intérêts de l'opérateur victime, il doit assumer la responsabilité de dommages-intérêts. Si le préjudice causé à la victime est difficile à évaluer, le montant des dommages-intérêts doit être le profit qui s'est procuré le contrevenant pendant la période de l'infraction et les dépens raisonnables de la victime pour enquêter sur l'infraction du contrevenant et intenter l'action devant le tribunal. La victime dont les intérêts légitimes sont lésés par les comportements en concurrence déloyale peut intenter une action civile devant le tribunal compétent. »*

⁹⁹¹ Louis VOGEL, op.cit.p.14.

Donc, l'action en concurrence déloyale est ouverte à tout opérateur économique (personne physique ou morale) qui subit un préjudice concurrentiel, à l'exclusion des consommateurs.

Pour assumer la responsabilité de l'application judiciaire de la loi contre la concurrence déloyale, la Cour suprême populaire a publié ses «Explications relatives à l'application de la loi dans les affaires civiles concernant la concurrence déloyale » le 30 décembre 2006, entrées en vigueur le 1^{er} février 2007, conformément à la Loi contre la concurrence déloyale, les Principes généraux du droit civil, et la Loi de procédure civile.

786. Il n'existe pas de complexité de répartition des litiges entre les tribunaux de commerce et les tribunaux civils en Chine dont la Loi organique sur les tribunaux populaire ne fait pas la distinction entre le tribunal civil et de commerce comme c'est le cas en France. Selon les Explications judiciaires de 2006, la compétence de juger un litige en concurrence déloyale prévue par l'article 5 concernant la marque, l'article 9 sur la publicité trompeuse, l'article 10 sur le secret d'affaires et l'article 14 concernant le dénigrement appartient au tribunal populaire intermédiaire compétent. Quant aux autres comportements déloyaux, tels que la vente à perte, la vente avec prime, l'abus du pouvoir administratif restrictif à la concurrence, la corruption commerciale avec pot-de-vin, la vente liée et l'entente dans l'appel d'offre, la compétence de les juger appartient aux tribunaux de base désignés par les tribunaux d'instance supérieure aux échelons de province où le dommage a été subi.

787. Même si la Loi contre la concurrence déloyale et les Explications judiciaires de la Cour suprême populaire de 2006 n'ont pas prévu le droit de la victime de demander la cessation de pratiques répréhensibles, la Loi de procédure civile de 1991 a institué une procédure en référé pour que toute personne qui introduit une action civile en réparation du préjudice puisse demander, en attendant qu'il soit définitivement statué sur le fond, que la cessation des agissements reprochés au défendeur soit ordonnée à titre provisoire ou sous astreinte comminatoire⁹⁹². Il est supposé que toute victime lésée par des actes de concurrence déloyale ait le droit de demander la cessation des infractions, puisqu'il est particulièrement important d'obtenir la cessation de pratiques déloyales sans attendre qu'il soit trop tard pour réparer les préjudices subis.

⁹⁹² L'article 92 et l'article 93 de la Loi de la procédure civile de 1991.

Le tribunal populaire peut ordonner plusieurs mesures au besoin cumulativement, par exemple, des mesures nécessaires pour faire cesser les agissements illégaux, des injonctions de faire ou de ne pas faire et des astreintes. Le préjudice matériel et/ou moral subi par la victime est réparé par des dommages et intérêts dont le montant est évalué selon le profit illégal procuré à l'auteur des actes déloyaux pendant la période durant laquelle l'acte déloyal est susceptible de continuer de produire ses effets et en fonction des circonstances de la cause. Le jugement en condamnation est publié dans le journal officiel du tribunal

Certes, par rapport à l'application administrative de la Loi contre la concurrence déloyale par l'AIC et ses ramifications locales et d'autres administrations spécifiques et sectorielles, l'action en concurrence déloyale devant les tribunaux populaires est relativement moins nombreuse, et elle se concentre plutôt sur les affaires ayant trait à la propriété intellectuelle. Cependant, les règles de l'action en concurrence déloyale ont été établies par des jurisprudences sur des affaires d'importance devant les tribunaux populaires. Il est utile de citer quelques affaires connues qui pourraient affecter la modification de la Loi contre la concurrence déloyale :

788. Lorsque le comportement n'est pas compris dans la liste noire de la Loi contre la concurrence déloyale, le tribunal peut l'évaluer et le sanctionner selon le principe de l'honnêteté et la loyauté dans l'article 2 de la loi précitée. C'est le cas de l'affaire *NEC Nippon v./ Sanli Guangzhou* de 2000⁹⁹³.

Lorsque le titulaire d'un secret d'affaires a des difficultés à prouver le vol du contrevenant, la jurisprudence accepte le principe de 'touche et similaire', autrement dit, il suffit à la victime de prouver que le contrevenant a l'occasion de toucher le secret et que le secret utilisé par le contrevenant est similaire au secret volé. C'est le cas de l'affaire *Beijing Diertajin v./ Beijing Xinbaike* en 1998⁹⁹⁴

S'agissant de la force juridique de la convention internationale, la jurisprudence accorde à la victime étrangère le droit d'intenter une action en concurrence déloyale selon la Convention de Paris dans l'affaire *Hitachi Nippon v./ Shenzhen Wanliyuan* en 1997⁹⁹⁵.

⁹⁹³ Arrêt n°153 (2000) en premier ressort du Premier Tribunal populaire intermédiaire de Beijing.

⁹⁹⁴ Arrêt n° 10 (1998) en premier ressort du Deuxième Tribunal populaire intermédiaire de Beijing , Arrêt n°15 (1999) en dernier ressort du Tribunal d'instance supérieure de Beijing.

⁹⁹⁵ Arrêt n°6 (1997) en premier ressort du Premier Tribunal populaire intermédiaire de Beijing, Arrêt n°8 (1999) en dernier ressort du Tribunal d'instance supérieure de Beijing.

De même, dans l'affaire *Xiamen JinWeiAi c./Xiamen XiuLu* en 1999⁹⁹⁶ concernant le cumul de l'action en concurrence déloyale et de l'action en concurrence anticontractuelle, le tribunal populaire estime que la liberté de la concurrence peut être limitée par une convention. Les parties peuvent s'interdire toute activité concurrente soit pendant toute la durée du contrat, soit après l'expiration de la convention pendant une certaine période. Cette obligation de non-concurrence est notamment contenue dans les contrats de travail, de représentation, de distribution, de vente, etc. Le non-respect d'une obligation de non-concurrence constitue une faute sanctionnée par la responsabilité contractuelle de son auteur.

II. Les éléments constitutifs de la concurrence déloyale

A. Sujet et objet des comportements en concurrence déloyale

1. Les acteurs du comportement en concurrence déloyale

1) L'auteur qui est l'opérateur économique au sens de la loi contre la concurrence déloyale

789. Comment délimiter l'auteur du comportement en concurrence déloyale ? Cette question se rapproche étroitement à celle de la délimitation de l'opérateur économique' dans la Loi contre la concurrence déloyale de 1993, article 2, paragraphe 3 : « *Au sens de la présente loi, le terme "opérateur économique" désigne une personne morale ou autre organisation économique ou un particulier ayant pour activité le commerce de produits ou la prestation de services de nature lucrative. (Dans les dispositions qui suivent, le terme "produits" inclut aussi les services).* »

D'après ce texte, l'activité du commerce de produits implique la production et la commercialisation de produits dans les domaines industriels et commerciaux, tandis que la prestation de services de nature lucrative comporte toute sorte de services non gratuits en contrepartie d'un paiement pour en bénéficier, tels que le service de voyage offert par l'agence de tourisme, la consultation technique ou prestation du consultant technique, le maintien ou la réparation d'équipement effectué par les techniciens et le service judiciaire provenant des avocats, etc.. A l'exclusion de cette catégorie

⁹⁹⁶ Arrêt n° 25 (1999) en premier ressort du Tribunal populaire intermédiaire de Municipalité Xiamen en province Fujian, Arrêt n°5 (2000) en dernier ressort du Tribunal d'instance supérieure de province Fujian.

on trouve les actes de consommateurs par lesquels leurs besoins matériels ou culturels sont satisfaits, et les activités non économiques à des fins non lucratives effectuées par des organismes de services publics ou des individus mandatés de services publics par l'Etat, comme l'établissement éducatif, l'hôpital, etc.

Quant à l'auteur de ces activités de commerce et de prestation de services à des fins lucratives au sens de la loi précitée, il peut être une personne morale au regard de l'article 37 des Principes généraux du droit civil, une personne physique ou un individu, y compris l'unité individuelle ou familiale de l'industrie et du commerce en urbain et en rural au sens de l'article 26 et 27 des Principes généraux du droit civil et une organisation économique désignée par les articles 7, 17 et 42 de la Constitution, à savoir, l'unité collective économique urbaine et rurale. Pour tous ces acteurs, le caractère commun est le but lucratif de leurs activités.

790. Cependant, le but lucratif des activités de l'auteur du comportement en concurrence déloyale a fait l'objet d'une modification de la loi contre la concurrence déloyale. Dans le projet de modification de la loi précitée, l'expression législative d'*'ayant pour activité le commerce de produits ou la prestation de services de nature lucrative'* est remplacée par 'ayant pour activité le commerce de produits ou la prestation de services', l'expression « *de nature lucrative* » étant retranchée⁹⁹⁷. Cela veut dire que le but lucratif des activités ne sera plus une condition indispensable pour définir l'auteur du comportement en concurrence déloyale visé par la loi de concurrence déloyale.

Cette modification est en effet une inspiration des pratiques européennes. En transposant la Directive n°2005/29/CE du Conseil européen du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises en droit interne, le Ministère fédéral de la justice d'Allemagne a publié sa première modification de la loi sur les pratiques restrictives à la concurrence le 21 mai 2008 en élargissant l'étendue du terme 'professionnel' qui se conforme à l'article 14 du Code civil allemand dans l'article 2, paragraphe 2 de la Loi sur les pratiques restrictives à la concurrence de 2004 à « *toute personne*

⁹⁹⁷ Le projet de modification de la Loi contre la concurrence déloyale en septembre 2008.

physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel ». De plus, la légitimité d'un comportement en concurrence déloyale ne dépend pas du motif lucratif de l'auteur selon l'article 10, paragraphe 2 de la Convention de Paris sur la protection de la propriété industrielle. Ainsi, la version chinoise de la modification de la loi sur la concurrence déloyale n'est pas un cas solitaire ni une effet du hasard ; elle essaie de s'aligner avec le modèle le plus avancé.

2) L'auteur qui n'est pas professionnel dans le projet de la modification de la loi contre la concurrence déloyale

791. Dans le projet chinois de modification de la loi, une nouvelle disposition s'ajoute à l'article 35 selon lequel l'organisation ou l'individu qui n'est pas opérateur économique sera sanctionné par l'autorité compétente conformément à la loi ou aux règlements sur la concurrence déloyale, lorsque son comportement au regard de la concurrence déloyale, porte préjudice aux droits et intérêts légitimes d'opérateurs économiques et/ou de consommateurs et perturbe le jeu de la concurrence sur le marché. En ce qui concerne l'opérateur économique sur le marché, la définition a atteint à la convergence, car pour les juristes chinois, il désigne tout professionnel pour les pratiques commerciales, qui agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale et même toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel. Par contre, quelle sera l'étendue de l'organisation et l'individu qui n'est pas opérateur économique mais qui est l'auteur d'un comportement en concurrence déloyale ? Par exemple, lorsqu'il s'agit d'un organisme hospitalier, d'une agence de presse ou d'un établissement éducatif.

D'après quelques uns, en ce qui concerne l'organisme hospitalier, sa qualification d'être auteur d'un comportement déloyal dépend de son statut juridique. Pour l'heure actuelle en Chine, comme c'est le cas dans l'éducation, coexistent deux catégories d'organismes hospitaliers, l'une est un service

public dépourvu de fins lucratives, l'autre est un établissement privé. C'est cette dernière qui est susceptible d'être l'auteur d'un comportement déloyal⁹⁹⁸.

Cependant, du point de vue de leurs activités journalières, qu'il soit public ou privé, leur prestation de service relatif à la santé publique ou leurs produits pharmaceutiques n'est pas à titre gratuit. Tous les deux procèdent d'activités professionnelles qui exigent une contrepartie pécuniaire, ainsi tous les deux peuvent être l'auteur d'un comportement déloyal visé par la loi sur la concurrence déloyale. Un fameux comportement déloyal dans ce domaine a même suscité la réaction réglementaire de l'AIC. Dans sa « Réponse relative à la question que si est un comportement de concurrence déloyale la prime payée par l'hôpital au médecin de l'autre hôpital, qui lui a attiré des patients pour l'intervention de CT », l'AIC a indiqué expressément que toutes sortes de comportements sous le nom de prime qui appâtent les médecins des autres hôpitaux de lui recommander les patients pour se faire opération de CT ou d'autres examens constituent un comportement de concurrence déloyale. En effet, ce genre de comportements est, en droit français, de nature de la désorganisation dont la terminologie n'est pas reconnue par la doctrine chinoise.

De plus, dans les activités d'achat et de vente de produits et équipements pharmaceutiques effectuées par les hôpitaux chinois, se produisent beaucoup de comportements de pots-de-vin, de publicités trompeuses sur la réputation de l'hôpital, sur l'efficacité des médicaments ou sur les équipements médicaux. Ainsi, ne pourrait-il pas se soustraire à l'attention de la loi sur la concurrence déloyale l'organisme hospitalier qu'il soit public ou privé en Chine. Il en va de même pour l'établissement éducatif chinois.

D'autres juristes chinois proposent que l'agence de presse, l'association de consommateurs, même les stars politiques ou culturelles en représentant un produit ou un service peuvent devenir l'auteur de comportements de concurrence déloyale lorsqu'elles sont concernées dans l'émission ou la diffusion ou la propagande des publicités frauduleuses ou trompeuses ou des

⁹⁹⁸ WANG Yanlin et LI Bin, *Définition des notions essentielles du droit chinois de la concurrence et sa portée législative*, in *Revue académique de l'Institut de Science politique de Henan*, 2005, n°1.

publicités comparatives même si à titre gratuit au détriment aux consommateurs⁹⁹⁹.

2. Les objets lésés par les comportements en concurrence déloyale

792. Liée étroitement aux finalités du droit sur la concurrence déloyale la question concernant l'objet lésé par les comportements en concurrence déloyale est en effet différente de celles-ci. La finalité du droit représente la signification de l'existence du droit qui « *fournit un certain nombre de règles de conduite destinées à faire régner tout à la fois, l'ordre, le progrès et la justice* »¹⁰⁰⁰, tandis que l'objet lésé par des comportements illégaux ou restrictifs constitue la base de l'ordre, du progrès et de la justice que le droit doit protéger. A la différence de la doctrine française dans laquelle l'on discute plutôt les préjudices (soit moral, soit matériel) causés par la concurrence déloyale¹⁰⁰¹, en Chine, l'objet lésé par la concurrence déloyale est une question qui a suscité un polémique doctrinale chez les juristes chinois qui se séparent en deux groupes.

793. Pour le premier groupe représenté par le Professeur SHAO Jiandong, le directeur de la faculté du droit de l'Université de Nanjing, et le Professeur de l'Université du Peuple chinois, madame FEI Anlin, les comportements en concurrence déloyale portent atteinte à deux catégories des droits subjectifs, à savoir les droits privatifs ou exclusifs, et les droits de rivaliser loyalement¹⁰⁰².

D'après eux, les droits privatifs lésés par les comportements déloyaux enveloppent les droits d'usage de la marque enregistrée et de l'appellation d'un produit de notoriété, les droits de décoration et de conditionnement, les droits de l'enseigne d'entreprise et les droits de protéger ses secrets d'affaires, sa réputation et sa crédibilité pour un opérateur économique. Certains de ces droits sont déjà reconnus soit par les Principes généraux du droit civil, soit par les lois spécifiques relatives à la propriété intellectuelle, telles que la loi sur la marque, la loi sur le brevet et la loi sur les droits d'auteur. Au regard de ces droits privatifs concernant la propriété intellectuelle, le rôle de la Loi contre la concurrence déloyale est, d'une part, la confirmation de ces droits, d'autre part, d'offrir une protection pour ces droits contre

⁹⁹⁹ ZHENG Youde et WU Chunyan, *Dix questions posées sur la modification de la Loi contre la concurrence déloyale de Chine*, in Science du Droit, 2009, n°1. p61.

¹⁰⁰⁰ François Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2006, p.8.

¹⁰⁰¹ Louis Vogel, *Droit de la concurrence déloyale*, LawLex 2007-2008, p.18-20.

les comportements en concurrence déloyale sous l'angle de l'ordre économique du marché. Quant aux autres droits, tels que le droit de décoration, de conditionnement, de l'usage d'appellation d'un produit de notoriété, ils sont de nouveaux droits créés par la Loi contre la concurrence déloyale, puisque *une loi peut créer de nouveaux droits et intérêts qu'elle protège (sic)*¹⁰⁰³.

Quant à la seconde catégorie des droits subjectifs lésés par la concurrence déloyale, c'est-à-dire les droits de rivaliser loyalement, il s'agit aussi d'un droit nouveau créé par la Loi contre la concurrence déloyale, qui est une liberté s'exerçant dans le respect de celle d'autrui. Lorsque le titulaire abuse de son droit de concurrence loyale en adoptant un comportement déloyal contraire aux usages du commerce ou aux lois ou règlements en vigueur, il doit subir une sanction civile ou administrative à cause des préjudices causés par son comportement.

Le raisonnement de l'existence du droit de concurrence loyale, d'après eux, repose sur trois points :

En premier lieu, c'est un droit qui peut demander une réparation à son préjudice à la différence du droit de concurrence qui n'est qu'une aptitude pour tout opérateur économique sur le marché ou hors du marché. Le droit de concurrence loyale ne se réalise que dans la transaction commerciale et n'appartient qu'à l'opérateur économique qui rivalise avec son partenaire commercial ou qui est dans ses activités économiques sur le marché. La recevabilité de la justice de ce droit est justifiée par l'article 20 de la Loi contre la concurrence déloyale qui statue sur la responsabilité civile des dommages-intérêts de l'infracteur de ce droit.

En deuxième lieu, le droit de concurrence loyale n'est pas non plus là pour protéger les intérêts dans la concurrence. Car la compétition ne peut se faire sans dommage. Le préjudice causé par la concurrence loyale est licite. La Loi contre la concurrence déloyale permet à l'opérateur économique d'éliminer ses concurrents par des moyens licites.

En troisième lieu, les droits de la concurrence loyale ont été reconnus par la jurisprudence, même si la jurisprudence n'a pas utilisé le même terme. Par exemple, dans l'affaire *Beijing Milan Wedding Photographic Studio c./ Beijing Paris*

¹⁰⁰² V. SHAO Jiandong et FEI Anlin, *Cours du Droit de la concurrence*, Edition de la Propriété intellectuelle, 2004, p.47-51.

¹⁰⁰³ SHAO Jiandong, *op.cit.* p.47.

*Printemps Wedding Studio*¹⁰⁰⁴, le Premier Tribunal populaire intermédiaire de Beijing constate que depuis sa création en 2000, le Paris Printemps Studio s'est appelé lui-même comme 'le NO.1 au niveau national, le NO.1 en surface de travail, le NO.1 en luxe, le NO.1 en service et le NO.1 en technique photographique' sans répit dans ses publicités, que les comportements de Paris Printemps constituaient une infraction à la loi sur la publicité qui interdit à l'opérateur économique d'utiliser des superlatifs dans la publicité de ses produits ou services et que l'emploi des superlatifs dans la publicité de *Paris Printemps Studio* pourrait non seulement tromper les consommateurs sur la qualité actuelle de son service, mais encore dénigrer objectivement les services de ses concurrents, et finalement porter atteinte aux droits et intérêts légitimes du plaignant *Beijing Milan* et d'autres concurrents dans le domaine et qu'ainsi, les comportements de *Paris Printemps Studio* constituent la concurrence déloyale au sens de la Loi contre la concurrence déloyale. Ici, 'les droits et intérêts légitimes' dans le verdict du Premier Tribunal intermédiaire de Beijing, selon ce groupe de juristes, sont en effet, les droits de concurrence loyale.

794. Cependant, pour l'autre groupe de juristes comme les Professeurs ZHENG Youde, et HU Zhihao,¹⁰⁰⁵ les comportements déloyaux ne portent pas préjudice aux droits subjectifs, au contraire ce sont les intérêts légitimes du sujet du droit qui sont lésés. De plus, l'invention des droits de rivaliser loyalement ou de concurrence loyale n'a pas de fondement juridique, et cette invention n'a que des effets négatifs sur la concurrence loyale sur le marché¹⁰⁰⁶.

D'après eux, selon les finalités de la Loi contre la concurrence déloyale, la loi protège trois catégories de sujets : les professionnels concurrents, les participants sur le marché et les consommateurs. S'il existe vraiment des droits de concurrence loyale, parmi ces trois catégories de sujets de droit, il n'y a que la première catégorie de sujet, autrement dit, que les professionnels concurrents qui ont ces droits et peuvent tenter une action pour les dommages-intérêts.

D'ailleurs, en citant l'opinion du juriste allemand Baumbach Hefermehl, ils expliquent que les comportements déloyaux portent préjudice aux règles objectives relatives aux bonnes mœurs dans les activités commerciales, non pas aux droits subjectifs, car le droit sur la concurrence déloyale ne protège que quelques droits

¹⁰⁰⁴ Arrêt n°148 (2000) en premier ressort du Premier Tribunal populaire intermédiaire de Beijing.

¹⁰⁰⁵ Qui sont professeurs de l'Université de technologie scientifique de HuaZhong.

¹⁰⁰⁶ ZHENG Youde, *op.cit.*

subjectifs d'opérateurs économiques en ignorant les intérêts légitimes des consommateurs ou des autres participants sur le marché, mais devrait avoir pour but de réprimer l'abus de la liberté de concurrence par tout moyen déloyal contraire aux usages commerciaux, aux lois ou règlements.

Enfin, la reconnaissance de ces prétendus droits de concurrence loyale qui sont dépourvus de fondement juridique pourraient non seulement étouffer la concurrence loyale sur le marché à cause de son exclusivité comme le droit de la propriété intellectuelle mais aussi élargir l'étendue des droits de la propriété intellectuelle et conduire à la tragédie des communs (the tragedy of the commons).

Somme toute, nous pensons que l'objet lésé par les comportements de concurrence déloyale doit être réel et explicite, il peut s'agir d'une liberté de concurrence qui ne doit pas se transformer en abus de cette liberté par autrui à l'égard des opérateurs économiques (des professionnels concurrents), il peut s'agir aussi des intérêts légitimes des consommateurs et des autres participants sur le marché.

B. L'étendue des comportements en concurrence déloyale

1. Qualification de comportement déloyal par la disposition générale et celles à titre énumérateur

1) Qualification textuelle selon l'article 2 de la Loi de 1993

795. La façon de définir le comportement en concurrence déloyale reflète l'attitude, soit rigoureuse, soit indulgente du législateur d'un pays envers ce comportement. Malgré la divergence de leurs attitudes en face de la concurrence déloyale, il existe une convergence en deux volets : premièrement, l'évolution de la qualification du comportement en concurrence déloyale joue un rôle de plus en plus équilibré entre les droits et intérêts légitimes d'opérateurs économiques, de consommateurs et d'autres participants sur le marché ; deuxièmement, la technique législative s'aligne d'un pays à l'autre, en autres termes, dans la plupart des pays qui se dotent de la loi sur la concurrence déloyale, l'étendue des comportements en concurrence déloyale est encadrée d'abord par une clause générale indiquant les éléments constitutifs du comportement visé, ensuite, par des dispositions à titre énumérateur semblable à une liste noire de quelques comportements répandus ou une mise en exergue de la disposition générale par des exemples flagrants. Quelques exemples pourraient peut-être servir à illustrer ce dernier point de convergence.

La Convention de Paris de 1883 consacre son article 10 *bis* à la concurrence déloyale en indiquant d'abord par son paragraphe 2, que tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes dans les affaires industrielles ou commerciales constitue un acte de concurrence déloyale. Ensuite, dans le paragraphe 3 du même article, elle énumère trois comportements concrets, à savoir la confusion, le dénigrement et l'indication trompeuse, qui doivent être prohibés par les Etats membres de la Convention¹⁰⁰⁷. Ce modèle de Convention de Paris a été calqué par les «Dispositions Types contre la concurrence déloyale» de WIPO.¹⁰⁰⁸

Le droit allemand sur la répression de la concurrence de 1909 est un autre précurseur à l'égard de la façon de délimiter le comportement déloyal. Malgré deux modifications (en 2004¹⁰⁰⁹ et en 2008) ayant pour but de moderniser la loi allemande contre la concurrence déloyale et de la mettre en conformité avec l'évolution du droit communautaire, le modèle législatif de qualification du comportement de concurrence déloyale n'a pas changé, la clause générale et celles à titre énumérateur agissant concomitamment pour cette mission. L'article 3 de la Loi de 2004 est une clause générale interdisant tout acte de concurrence injuste qui est susceptible d'avoir plus qu'un impact négligeable sur la concurrence au détriment des concurrents, des consommateurs ou des autres participants du marché, l'ancien concept de *mœurs bono* étant remplacé par la notion d'injustice. L'article 4 dresse une liste des actes de la concurrence déloyale qui contient des exemples d'actes de concurrence déloyale fondés sur la jurisprudence antérieure. Certains des exemples contiennent des «clauses générales». Le modèle allemand a servi dans la législation sur la concurrence déloyale à presque tous les pays européens.¹⁰¹⁰

Il ressort de l'évolution de la clause générale des systèmes juridiques étrangers sur la concurrence déloyale que la clause générale contient en principe quatre

¹⁰⁰⁷ Aux termes de l'article 10 bis intitulé «Unfair Competition» de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mai 1883, «(1)The countries of the Union are bound to assure to nationals of such countries effective protection against unfair competition. »

(2) Any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition.

(3) The following in particular shall be prohibited:

(i) all acts of such a nature as to create confusion by any means whatever with the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;

(ii) false allegations in the course of trade of such a nature as to discredit the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;

(iii) indications or allegations the use of which in the course of trade is liable to mislead the public as to the nature, the manufacturing process, the characteristics, the suitability for their purpose, or the quantity, of the goods. »

¹⁰⁰⁸ WIPO, *Dispositions types sur la protection contre la concurrence déloyale*, Geneva, OMPI, 1996.

¹⁰⁰⁹ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, (UWG).

éléments constitutifs : premièrement, l'acte doit se produire dans les activités industrielles ou commerciales ; deuxièmement, l'auteur de l'acte de concurrence déloyale peut avoir ou ne pas avoir pour but de rivaliser avec ses concurrents, c'est-à-dire qu'un élément subjectif tel que l'intention ou la connaissance ne sera pas retenu dans la qualification ; troisièmement, les concepts provenant du droit civil, tels que «les bonnes mœurs», «l'honnêteté et la loyauté», «les pratiques honnêtes», «la déontologie professionnelle» et/ou «la diligence professionnelle», etc., constituent le noyau de la clause générale. Malgré ces diverses expressions, une coloration éthique commerciale de ces concepts démontre la culture caractérisée du droit sur la concurrence déloyale. Dernièrement, la conséquence juridique de l'infraction de ces trois éléments antérieurs d'un acte considéré comme déloyal s'exprime par la responsabilité civile appropriée des dommages –intérêts.

796. Cette étude succincte aux fins de comparaison nous renvoie à l'examen de la Loi contre la concurrence déloyale en Chine et sur sa façon de qualifier les comportements de concurrence déloyale.

Aux termes de l'article 2 paragraphes 1 de la Loi précitée, « *Dans les transactions économiques sur le marché, l'opérateur économique doit respecter les principes de libre consentement, d'égalité, d'équité, d'honnêteté et de loyauté, et se conformer aux règles déontologiques des affaires généralement reconnues.* »

Quant à la notion de "concurrence déloyale," le paragraphe 2 du même article dispose qu'« *Au sens de la présente loi, il faut entendre par "concurrence déloyale" les actes de l'infraction à la présente loi effectués par des opérateurs économiques pour léser les droits et intérêts légitimes d'autres opérateurs et perturber l'ordre socio-économique.* »

Par la suite de cette clause, une liste noire établie dans le chapitre II par 11 articles (de l'article 5 jusqu'à l'article 15) contient 11 actes dénommés concurrence déloyale.

L'article 2 et les suivants ont suscité une critique virulente de tous les juristes chinois dans ce domaine dès le jour de la promulgation de la loi. L'intention du législateur chinois fait l'objet de cette critique.

¹⁰¹⁰ ZHENG Youde et WU Chunmei, *op.cit.* p.63.

D'après le dernier projet de la loi sur la concurrence déloyale après la soumission à l'approbation du corps législatif, l'article 3 dispose que *«aux fins de la présente loi, on entend par 'concurrence déloyale' tout acte effectué par l'opérateur économique dans ses activités économiques, qui est contraire au principe d'honnêteté et loyauté, aux règles éthiques des affaires reconnues par le public et qui porte préjudice à ou est susceptible de nuire aux droits et intérêts légitimes des autres opérateurs ou des consommateurs»*. L'opinion de la délibération du groupe législatif soulignait que le seul défaut de l'article est de laisser une grande marge de manœuvre à l'autorité administrative compétente pour l'application de la loi, de définir d'autres actes de concurrence déloyale qui ne sont pas énumérés dans la liste noire selon l'évolution du marché dans le temps. Ainsi, pour limiter cette marge de manœuvre dans l'application de la loi, on proposa d'ajouter quelques mots, à savoir **«les actes de l'infraction à la présente loi»** qui furent vraiment ancrés dans le texte actuel de l'article 2.

Ces mots ont dépouillé l'article 2 de sa nature de clause générale. C'est alors que la Loi contre la concurrence déloyale n'a pas de clause générale pour délimiter la portée des actes de concurrence déloyale. Au sens de la terminologie et de la structure de la loi, il n'y a que 11 actes énumérés par la loi qui soient de nature déloyale et qui soient susceptibles d'être réprimés par la loi. Plus tard, la réalité témoigna ironiquement que cette liste ne pourrait jamais être exhaustive en comportant tous les comportements contraires aux principes d'honnêteté et de loyauté, aux règles éthiques d'affaires reconnues par le public et qui porte préjudice à, ou est susceptible de, nuire aux droits et intérêts légitimes des autres opérateurs ou des consommateurs sur le marché.

797. Beaucoup de juristes chinois proposent vivement de tenir compte des expériences allemandes pour les travaux de modification totale de la loi chinoise contre la concurrence déloyale.¹⁰¹¹ Le nouvel article 2 est ainsi rédigé dans la dernière version en 2009 du projet de modification de la loi : *«Dans les transactions économiques sur le marché, les opérateurs économiques doivent respecter les principes de libre consentement, d'égalité et équité,*

¹⁰¹¹ SHAO Jiandong (dir.), op.cit,

d'honnêteté et loyauté, se conformer à la déontologie commerciale reconnue par le public.

Aux fins de la présente loi, on entend par "concurrence déloyale" tout acte d'infraction du paragraphe précédent, effectué par des opérateurs économiques sur le marché, qui perturbe l'ordre socio-économique et porte préjudice aux droits et intérêts légitimes des autres opérateurs ou des consommateurs.»

2) Qualification jurisprudentielle du comportement déloyal

798. Heureusement, la juridiction est là pour attendre sa chance de mettre en valeur le rôle de la jurisprudence. En ignorant le défaut de l'article 2, la jurisprudence affirme universellement l'existence de la clause générale dans la loi contre la concurrence déloyale. En face des comportements de concurrence qui ne sont pas énumérés par la loi, le tribunal populaire peut les qualifier directement comme actes de concurrence déloyale en conformité avec l'article 2, paragraphe 1. Après des années d'expériences jurisprudentielles cumulées, de nouveaux comportements de concurrence déloyale sont qualifiés par des tribunaux populaires de différents échelons et sont principalement classifiés dans quatre catégories :

799. La première catégorie concerne l'usurpation de la notoriété de la marque avec le nouveau support d'Internet. La règle du « premier arrivé premier servi » applicable au dépôt du nom de domaine a favorisé la pratique du 'cybersquatting', qui consiste à déposer des noms de marque notoire comme nom de domaine, empêchant le titulaire de la marque d'en faire usage. La première affaire de la catégorie est l'affaire de *Nippon Electric Company Ltd.(NEC) c./Canton City Sanli Electric Technology Co.Ltd.* en 2000. Dans cette affaire, la société *Sanli Electric Technology* a déposé en enregistrement son nom de domaine sur l'Internet, - 'nec.com.cn', la marque NEC, enregistrée en Chine depuis 1979, de la société japonaise *Nippon Electric Company (NEC)*. La société *Sanli* recourt à ce nom de domaine pour faire la publicité de vente de ses produits électroniques et informatiques. Le tribunal de Beijing constate que la société *Sanli* et la société *Nippon Electric Company* sont concurrentes, dans le domaine de production et de commercialisation des produits électroniques et informatiques, que cette dernière a non seulement sa marque NEC enregistrée depuis bien longtemps

en Chine, mais encore qu'elle a une grande notoriété sur la qualité et le prix de ses produits électroniques et informatiques sur le marché chinois. Le tribunal estime que les actes de squattage de la société *Sanli* portent préjudice de manière malveillante aux droits de la marque *NEC* en l'empêchant d'en faire usage.¹⁰¹²

800. La deuxième catégorie porte sur le cyberlien sur la page d'Internet sans autorisation de son auteur. Entre les différentes pages de l'Internet, le cyberlien constitue un véhicule indispensable d'allée et venue. L'exploiteur de web site l'utilise pour associer, organiser et collecter des données ou informations en forme de caractère, d'image et de message sonore qui sont affichés dans de différentes pages afin d'enrichir le contenu de son site et d'attirer la clientèle tandis que l'internaute l'emploie pour surfer sur l'Internet librement. Cependant, même si les web-pages sont accessibles à tout le monde, l'utilisation déloyale du cyberlien pourrait constituer un acte de concurrence déloyale selon la jurisprudence chinoise dans l'affaire *Cité Financière Compagnie v./Caizhi Logiciel Compagnie* de 2000¹⁰¹³.

Cet acte déloyal d'utilisation du cyberlien se traduit par deux formes: l'emploi de la technique d'encadrement dans le web site en cause et l'affichage des informations copiées des pages d'autrui sur le web site en cause¹⁰¹⁴.

Par la technique d'encadrement, l'exploiteur dissimule le site et la publicité d'autrui d'où viennent les informations dans son web site. C'est-à-dire lorsque les internautes visitent les pages d'autrui moyennant le cyberlien, ils ne voient que le site et la publicité de l'exploiteur du web site en cause.

Copier l'information du web site d'autrui et installer le cyberlien direct sur cette information copiée est la cause de l'action intentée par *Cité Financière Compagnie* (ci-après, 'CFC') contre *Caizhi Logiciel Compagnie* (ci-après, 'Caizhi'). Ces deux compagnies se sont livrées au service d'informations financières sur le change de devises à travers leurs propres web sites depuis 2000. *Caizhi* instaure un cyberlien qui peut conduire les utilisateurs

¹⁰¹² Affaire *Nippon Electric Company. Ltd.c./ Canton City Sanli Electric Technology Co. Ltd.* Arrêt n° 153 (2000) en premier ressort du premier Tribunal d'instance intermédiaire de Beijing.

¹⁰¹³ Source de cas : « Journal du Tribunal Populaire », le 13 février 2001.

¹⁰¹⁴ LI Yan et LUO Shenghua, *Analyse juridique sur l'acte déloyal de cyberlien sur l'Internet*, in Journal du Tribunal Populaire, le 11 août 2001.

directement au diagramme du courant de change de devises décrit par *CFC* avec le soutien de Beijing Filiale de la Banque de Construction et affiché sur le web site de *CFC*, sans entrer dans le web site de celle-ci. L'illicéité de l'acte déloyal de *Caizhi* est confirmée par le Deuxième Tribunal populaire intermédiaire de Beijing qui souligne que l'acte de *Caizhi* crée une confusion dans l'esprit de la clientèle afin d'attirer les clients de sorte que l'augmentation du nombre de ses clients s'accompagne de la diminution des clients de *CFC* et que tel acte de *Caizhi* est contraire aux *principes généraux de libre consentement, d'égalité, d'équité, d'honnêteté et de loyauté*¹⁰¹⁵, et constitue pour autant une concurrence déloyale. Ainsi, *Caizhi* est sanctionnée par le Tribunal populaire conformément à l'article 2 de la Loi contre la concurrence déloyale de 1993 d'une injonction de la présentation publique d'excuses et d'une amende de 5000 yuans.

801. La troisième catégorie intéresse le changement de la marque du produit avec notoriété par une autre marque. Dans le cadre de l'affaire *Marque Fengye*¹⁰¹⁶, après avoir acheté des pantalons de la marque *Fengye*(枫叶) au prix de 188.03 yuan chacun, la société de Publicité *Tongyi* détache la marque *Fengye* en lui substituant la marque *Kadile* (卡帝乐) inventée par *Tongyi*, puis elle fait étaler et commercialiser ces pantalons- avec la marque *Kadile* et en marquant que la provenance est Singapour- dans *Parkson*, l'un des grands magasins de vêtements de luxe de Beijing, au prix de 560 yuan chacun. Le Premier Tribunal Populaire intermédiaire de Beijing constate que les pantalons de la marque *Fengye* a une bonne notoriété en prix, en qualité et en style sur le marché, que la Première Usine de confection de Beijing, le titulaire de la marque *Fengye*, a le droit de jouir de sa réputation commerciale et des profits qui en sont issus, ainsi donc, que la société *Tongyi* a contrevenu à la Loi contre la concurrence déloyale. Celle-ci enfin a subi une sanction pécuniaire assez lourde de 100 mille yuan RMB par rapport à son profit illégal

¹⁰¹⁵ L'article 2.§1 de la Loi chinoise contre la concurrence déloyale de 1993.

¹⁰¹⁶ Source de cas : SHAO Jiandong (dir.), *Cours du Droit de la concurrence*, Edition de la Propriété intellectuelle, 2004. p.44.

de 10 mille yuan. Cette jurisprudence est finalement devenue une clause de la Loi des marques modifiée en 2001¹⁰¹⁷.

802. La dernière catégorie concerne le plagiat du fruit de travail d'autrui, en particulier dans le domaine de la publicité. L'affaire *Mark Black v./Agence de Publicité de Himalaya de Shanghai*¹⁰¹⁸ en est une illustration. Dans le cadre de cette affaire, l'acte de l'Agence de Himalaya de plagier, d'imiter et de copier de manière considérable le langage, les images et les photographies dans la publicité du plaignant *Mark Black* est condamné par le Premier Tribunal Populaire intermédiaire de Shanghai comme comportement de concurrence déloyale conformément à la loi contre la concurrence déloyale.

Outre ces quatre grandes catégories de jurisprudence, d'autres nouveaux comportements sont considérés comme déloyaux par les tribunaux populaires de la Chine au regard du principe général de la Loi contre la concurrence déloyale, par exemple, l'utilisation sans autorisation du titulaire de l'information qui n'est pas un secret commercial¹⁰¹⁹, le bail d'un endroit à l'opérateur économique pour qu'il vende des marchandises contrefaites¹⁰²⁰, etc.

2. Classification des comportements en concurrence déloyale

803. Les formes des comportements de concurrence déloyale sont nombreuses. Pourtant, pour que la loi sur la concurrence déloyale soit plus prévisible pour le sujet de droit, plus logique pour l'application tant administrative que judiciaire, des comportements de concurrence déloyale sont souvent classifiés en raison de leurs natures différentes, c'est la pratique générale de beaucoup de pays étrangers.

Par exemple, en droit français, les comportements déloyaux sont classifiés doctrinalement en quatre groupes : la confusion, le dénigrement, la désorganisation et le parasitisme.¹⁰²¹ En doctrine allemande, les comportements sont classifiés en trois

¹⁰¹⁷ L'article 52.§4 de la Loi contre la concurrence déloyale modifiée en 2001 prévoit que le changement de la marque du produit avec notoriété ou non par une autre marque et la commercialisation du produit avec une marque changée constituent des actes déloyaux contraires à la loi de marques.

¹⁰¹⁸ Source de cas, voir SHAO Jiandong (dir.), *op.cit.* p.45.

¹⁰¹⁹ L'affaire *l'Usine Machine-Outil de Beijing v. Hanwei Machine Electric*, Arrêt n°54 (1995) en premier ressort du Premier Tribunal populaire intermédiaire de Beijing.

¹⁰²⁰ L'affaire *Beibei Groupe de Jiangsu v. Beibei Chaussure de Wenzhou et Magasin de Nouvel Monde de Beijing*. Arrêt n°73 (1999) en premier ressort du Tribunal populaire supérieur de Beijing, Arrêt n°9 (2000) en dernier ressort de la Cour populaire suprême.

¹⁰²¹ V. Louis Vogel, *Droit de la concurrence déloyale*, Lawlex 2006-2007. Maire-Anne Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006

groupes, ceux qui portent atteinte aux intérêts des concurrents, tels que la publicité comparative, le dénigrement, la divulgation du secret d'affaires d'autrui, etc., ceux qui préjudicient aux intérêts des consommateurs, comme la publicité trompeuse, la vente avec prime, l'offre de prix, etc., et ceux qui lèsent l'intérêt public¹⁰²². Les Etats-Unis ont aussi cette approche de triade de classification autour des droits et intérêts de consommateurs, d'opérateurs économiques et du public.¹⁰²³

804. En Chine, la nécessité d'une classification des comportements de concurrence déloyale a commencé à attirer l'attention des juristes dans l'espèce. Certains d'entre eux proposent d'imiter l'approche allemande de faire une classification de triade en raison des droits et intérêts lésés par les différents comportements déloyaux, c'est-à-dire une classification autour des intérêts des concurrents, des consommateurs et du public.¹⁰²⁴ Sur cette piste, nous entamons l'étude des formes de comportements de la concurrence déloyale énumérées par la Loi de 1993.

§2. Les formes principales de la concurrence déloyale

805. Suivant l'actualité chinoise, nous sommes invités à classer les formes de la concurrence déloyale en deux grands groupes, à savoir, les formes principales dans la Loi contre la concurrence déloyales de 1993 (**I**) et l'acte déloyal démoralisant le marché économique et la société – le pot-de-vin d'affaires (**II**).

I. Formes principales dans la Loi contre la concurrence déloyale de 1993

806. La promulgation de la Loi antimonopole de 2007 marque la séparation entre le droit contre la concurrence déloyale et le droit de la concurrence au sens traditionnel, c'est-à-dire le droit antitrust. Jadis, la Loi chinoise contre la concurrence déloyale ne connaissait pas cette distinction. Précisément, dans la liste noire de la Loi contre la concurrence déloyale composée par 11 articles (de l'article 5 à l'article 15), 5 d'entre eux portent sur les pratiques anticoncurrentielles au sens de la Loi antimonopole. Ce sont respectivement l'article 6 concernant l'abus de position dominante d'entreprise publique, l'article 7 touchant le monopole administratif des gouvernements locaux et leurs ramifications, l'article 11 intéressant la vente à perte afin d'évincer les concurrents, l'article 12 concernant la vente liée et la vente avec des conditions

¹⁰²² ZHENG Youde et WU Chunyan, *op.cit.*

¹⁰²³ McMains, *Intellectual Property and Unfair Competition*, 2000, pp.6-10.

¹⁰²⁴ ZHENG Youde et WU Chunyan, *op.cit.*

injustes ou déraisonnables et l'article 15 visant l'entente et la collusion horizontale et verticale dans l'appel d'offre aux fins d'évincer les concurrents.

Parmi ces 5 pratiques anticoncurrentielles, l'une d'entre elles, à savoir la vente à perte de l'article 11, est ambiguë puisqu'elle entre soit dans le champ d'application de la Loi antimonopole, soit dans le champ d'application de la loi contre la concurrence déloyale. La vente à perte peut être effectuée soit par un opérateur dominant sur le marché, constituant une sorte d'abus de position dominante, soit par un opérateur ordinaire qui n'a pas de position dominante et dans ce dernier cas, tombe sous le coup de la Loi contre la concurrence déloyale. Ainsi, il ne reste alors que 7 comportements visés par la loi précitée qui font l'objet de l'étude suivante jalonnée par les droits et intérêts de différents titulaires, à savoir les concurrents (A) et les consommateurs (B).

A. Actes de la concurrence déloyale lésant les intérêts des concurrents

1. La confusion visée par l'article 5

807. Dans l'économie de marché, la concurrence loyale oblige l'opérateur économique à individualiser ses produits ou services. Aussi ne doit-il pas user de procédés dont l'objet est d'entraîner une confusion dans l'esprit de la clientèle entre des opérateurs concurrents ou entre leurs produits. La confusion est l'un des plus fréquents et des plus anciens actes de concurrence déloyale. Elle résulte en générale de l'imitation des signes de ralliement de la clientèle ou des produits concurrents (conditionnement, confusion sur l'origine).

Aux termes de l'article 5 de la Loi contre la concurrence déloyale, « *Tout opérateur économique doit s'abstenir de porter préjudice à ses concurrents en ayant recours aux pratiques déloyales suivantes dans les transactions commerciales :*

a) faire passer pour la sienne la marque enregistrée d'autrui;

b) utiliser, sans autorisation, le nom, l'emballage ou les éléments de décoration propres à des produits de renom, ou un nom, un emballage ou des éléments de décoration semblables à ceux de produits de renom, de manière à créer une confusion entre ses propres produits et les produits de renom d'autrui, et amener ainsi les acheteurs à prendre ses propres produits pour les produits de renom en question;

c) utiliser, sans autorisation, le nom commercial ou le patronyme d'autrui sur ses propres produits, de façon à faire prendre ceux-ci pour les produits d'autrui;

d) contrefaire ou utiliser illicitement, sur ses propres produits, des symboles de qualité tels que des symboles de certification et des symboles attachés à des produits réputés pour leur qualité, falsifier l'origine de ses produits et faire des déclarations mensongères et trompeuses quant à la qualité des produits. »

De cet article, il découle que la confusion prend quatre formes :

1) L'abus d'usage des marques

808. Le droit des marques est l'une des garanties efficaces contre la concurrence déloyale. Il y va de la certitude à laquelle la clientèle a droit quant à l'origine d'un produit ainsi que d'une juste imputation des responsabilités de fabricants ou fournisseurs. L'imitation illicite de marque est plus susceptible de créer la confusion dans l'esprit de la clientèle sur l'origine du produit ou du service. Ainsi, tant l'imitation fautive que l'utilisation illicite de la marque sont condamnée par la loi. Selon la jurisprudence, tous les éléments composant la marque sont protégeable sur le fondement de la concurrence déloyale.

2) L'imitation des noms, des conditionnements, emballages, et des décorations extérieures du produit notoire d'autrui

809. Cette forme de confusion exige la notoriété du produit imité en droit chinois. L'article 5, paragraphe 2 de la Loi contre la concurrence déloyale suscite beaucoup des critiques et fait l'objet de la modification, bien que la Cour suprême populaire se soit efforcé de donner une explication judiciaire de l'application de la clause précitée. Selon l'article 1 des « Explications relatives aux questions sur l'application de la loi dans les affaires civiles en concurrence déloyale »¹⁰²⁵ de la Cour suprême populaire, le produit notoire désigne le produit qui a une certaine célébrité sur le marché chinois et est connu du public pertinent. Lors de la qualification d'un produit notoire, les tribunaux compétents doivent prendre en considération des éléments essentiels, tels que le temps, la zone de la commercialisation du produit, la quantité de vente du produit, la clientèle et la publicité. D'ailleurs, dans l'action en concurrence déloyale, la victime doit prouver la notoriété de son produit.

D'après ces dispositions, si le produit n'a pas de renom sur le territoire chinois, l'imitation de son nom, de son conditionnement et/ou de son emballage ne constitue pas une infraction à la loi, ni un comportement en concurrence déloyale. En règle

¹⁰²⁵ Les Explications judiciaires de la Cour suprême populaire a été publiées le 30 décembre 2006 par la Commission du jugement de la Cour suprême populaire dans la 1412^e réunion. Explication judiciaire n° 2 (2007).

générale économique, il est facile pour le nouveau produit d'une entreprise de notoriété de devenir notoire dans un court délai. Par contre, le nouveau produit d'une entreprise sans renom a déjà disparu du marché avant de devenir notoire sans la protection juridique contre l'imitation. L'effet discriminatoire de la clause entre les produits notoire et de nouveaux produits, entre les entreprises de renom et les petites et moyennes entreprises sans renom constitue une infraction législative au principe d'égalité de l'économie de marché.

3) L'abus d'usage des enseignes ou dénominations sociales

810. L'enseigne et le nom social ont une grande importance pour qu'une entité économique se distingue des autres. Pour être bien protégée, une dénomination doit en principe être l'objet d'un droit privatif par le dépôt en propriété intellectuelle. La priorité de l'emploi assure au titulaire le droit d'empêcher un autre opérateur de se servir de la même enseigne pour un commerce similaire. Il n'y a concurrence déloyale que si l'utilisation de l'enseigne ou de la dénomination crée une confusion du public entre deux établissements économiques, les consommateurs risquant d'attribuer les produits ou services à une seule et même entreprise.

4) La contrefaçon des symboles de qualité et d'origine

811. La qualité du produit et le lieu d'origine du produit permettent au producteur de se distinguer des autres concurrents au regard des produits similaires et concurrents. Or, les signes de qualité et de lieu d'origine d'un produit de notoriété comme sa marque sont plus susceptibles d'être l'objet de la contrefaçon. Ainsi, la confusion peut être recherchée entre deux produits par la contrefaçon des symboles de qualité et d'origine des produits concurrents de notoriété et par la présentation mensongère et trompeuse sur la qualité du produit contrefait.

812. De ce qui précède, il ressort que c'est la contrefaçon que vise l'article 5 de la Loi contre la concurrence déloyale. L'imitation illicite de marque et d'éléments constitutifs de marque et d'autres droits de propriété intellectuelle constitue une contrefaçon qui est l'une des formes les plus insidieuses de la concurrence déloyale. En droit chinois, plusieurs textes assortis de pénalités visent à protéger les titulaires des marques contre un emploi déloyal de celles-ci par leur concurrents ou clients. L'article 21 de la Loi contre la concurrence déloyale et l'article 59 de la Loi sur la marque de 1982, modifiée en 2001, instaurent la responsabilité pénale de l'infraction aux droits des marques. Les articles 213, 214, 215 de la Loi pénale de 2009 punissent

l'abus d'usage des marques d'autrui d'un emprisonnement de trois ans jusqu'à sept ans et d'une amende pécuniaire dans des circonstances aggravantes¹⁰²⁶.

2. La divulgation du secret d'affaires d'autrui visée par l'article 10

813. Une autre forme de comportement de concurrence déloyale à l'encontre du professionnel concurrent est la divulgation illicite de son secret d'affaires par un concurrent, un client ou par une tierce personne.

En vertu de l'article 10 de la loi contre la concurrence déloyale, la divulgation du secret d'affaires d'autrui prend les trois formes suivantes :

- l'obtention des secrets d'affaires du titulaire par le biais de vol, d'appât du gain, de menace et chantage ou d'autres moyens déloyaux;
- le dévoilement et l'utilisation ou la permission du dévoilement et de l'utilisation du secret d'affaires d'autrui acquis par le biais de vol, d'appât du gain, de menace et chantage ou d'autres moyens déloyaux ;
- le dévoilement et l'utilisation ou la permission du dévoilement et de l'utilisation du secret d'affaires d'autrui en contrevenant aux engagements contractuels à l'égard du secret ou à l'obligation imposée par le titulaire du secret de ne pas divulguer le secret en cause.

Pour que cet article soit applicable, la Cour suprême populaire a publié ses Explications judiciaires relatives aux questions sur l'application de la loi dans les affaires civiles en concurrence déloyale en décembre 2006, qui contiennent 19 articles dont 9 sont dédiés à la définition du secret d'affaires et aux éléments constitutifs de la divulgation du secret d'affaires et à la responsabilité de la divulgation au regard de la Loi contre la concurrence déloyale.

814. Aux termes de l'article 10, paragraphe 3 de la loi précitée et des articles 9, 10, 11, 12 et 13 des Explications judiciaires de 2006, le secret d'affaires en tant que tel doit satisfaire cumulativement aux trois conditions constitutives:

Premièrement, le secret d'affaires au sens du droit de concurrence déloyal, doit être soit du savoir-faire, soit des informations techniques ou commerciales qui n'ont pas été connues du public. L'expression «*ne pas être connues du public*» au sens de l'article 10, paragraphe 3 de la Loi contre la concurrence déloyale signifie que les

¹⁰²⁶ Les circonstances aggravantes sont souvent les suivantes : la détention sans motif légitime ainsi que la vente ou l'offre de vente de produits ou de services sous une marque contrefaite ; la vente d'un produit sous une

informations secrètes n'ont pas été connues et acquises sans difficulté par des personnes pertinentes ayant rapport avec le secret dans le domaine y afférent.

Lorsque les informations sont facilement obtenues par le public, y compris ceux dans le domaine concernant ces informations et par de tierces personnes qui n'ont pas de rapport avec ces informations, elles ne constituent pas un secret d'affaires n'ayant pas été connu par le public au sens de la loi précitée ; tels sont les cas énumérés dans l'article 9 des Explications judiciaires de 2006 :

- des usages professionnels, des connaissances élémentaires ou la barrière du domaine technique ou économique concerné ;
- des informations qui ne concernent que la dimension, la structure, les matériaux ou les composants du produit, si ces informations sont obtenues sans difficulté par le public à travers une simple observation du produit ;
- des informations qui sont déjà publiées ou dévoilées publiquement dans des publications officielles ou par la presse ;
- des informations qui sont déjà publiées dans des conférences ou des expositions ;
- des informations qui peuvent être acquises par d'autres moyens sans difficulté ;
- des informations qui peuvent être acquises facilement sans contrepartie pécuniaire.

Deuxièmement, ces informations secrètes ont une valeur commerciale réelle et potentielle, pouvant procurer des profits économiques ou des avantages concurrentielles à son titulaire légitime (article 10, paragraphe 3 de la Loi précitée et l'article 10 des Explications judiciaires).

Troisièmement, il est indispensable que le titulaire légitime du secret en cause s'engage à la sauvegarde (discrète) du secret. Pour défendre la divulgation du secret d'affaire, le titulaire légitime du secret doit prendre des mesures raisonnables et convenables à la valeur commerciale du secret. Dans l'action en concurrence déloyale, les tribunaux populaires compétents doivent prendre considération la spécificité du support de secret, la volonté de sauvegarde du secret du titulaire, l'identifiabilité des mesures de sauvegarde du secret, la difficulté d'obtention du

marque autre que celle du produit demandé ; la fabrication sans motif légitime du signe de la marque enregistrée d'autrui et la vente des signes de marque d'autrui fabriquées illégalement.

secret par autrui afin d'éclaircir si le titulaire a déjà pris des mesures raisonnables et convenables pour protéger son secret en raison de la valeur commerciale de celui-ci.

Quant à la charge de la preuve dans l'action en concurrence déloyale concernant la divulgation du secret d'affaires, c'est le plaignant, c'est-à-dire la victime de l'infraction de divulgation du secret d'affaires qui doit fournir des preuves sur son droit de titulaire du secret, la similitude du secret d'autrui avec le sien, les faits que la partie opposée a obtenu son secret par des procédés déloyaux, etc. Le plaignant peut être le licencié du contrat monopole de licence du secret, le licencié et le titulaire conjoint et respectif du contrat exclusif de licence du secret, et le licencié et le titulaire du contrat de licence ordinaire du secret.

815. S'agissant de la sanction en responsabilité civile, les tribunaux populaires compétents vont pouvoir ordonner toutes les mesures nécessaires pour faire cesser les agissements critiqués. L'injonction en cessation des agissements déloyaux est valable jusqu'au moment où le secret d'affaires est publié à la connaissance du public. Quant à la sanction en réparation des dommages-intérêts, le montant doit être calculé en référence à la Loi sur le brevet, une réparation intégrale. Lorsque la divulgation a rendu le secret d'affaires connu du public, le montant des dommages-intérêts est fixé en fonction de la valeur commerciale du secret en cause. Quant à la valeur commerciale du secret d'affaires, elle est fixée dans le temps par les éléments essentiels comme le coût de recherche et d'exploitation du secret, les profits de la mise en œuvre du secret, les intérêts escomptés, etc.

3. La vente à prix inférieur au prix de revient visée par l'article 11

816. Lors que la vente à perte afin d'évincer les concurrents visée par l'article 11 de la Loi contre la concurrence déloyale est effectuée par un opérateur économique ordinaire qui n'a pas de position dominante, elle tombe dans le champ d'application de la loi contre la concurrence déloyale, car l'objet et l'effet de sa vente à perte est d'évincer les concurrents, ces agissements portant atteinte de manière directe et flagrante aux intérêts des autres opérateurs concurrents.

En vertu de l'article 11, l'opérateur économique ne doit pas vendre de produits à un prix inférieur au prix de revient de ce produit en vue d'éliminer ses concurrents. Cependant, il existe des équivoques en ce qui concerne l'opérateur économique et le prix de revient. Aucun autre texte législatif, ni aucune explication judiciaire ne donne une interprétation sur ces deux points.

Nous pensons que l'opérateur économique peut être soit un fabricant du produit en cause, soit un distributeur. S'agissant du fabricant du produit, le prix de revient contient tous les frais généraux au cours de la fabrication du produit depuis la préparation de la fabrication jusqu'à la naissance du produit final. Lorsque le fabricant vend ses produits au distributeur qui n'est pas son mandataire, ni son représentant, ni son agent, ni son dépositaire ou consignataire, mais simplement un grossiste, le prix de vente inférieur au prix de revient de fabrication du produit constitue l'infraction de la vente à perte au sens de la concurrence déloyale. S'agissant du distributeur ou du grossiste, lorsqu'il revend le produit au détaillant à un prix inférieur à son prix d'achat effectif qui est le prix majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport, cela constitue une infraction de vente à perte au sens de la concurrence déloyale.

Cependant, cette analyse n'a pas beaucoup de sens réel, car la vente ou revente à perte effectuée par un opérateur sans puissance de marché ne saurait jamais durer longtemps ; au lieu d'éliminer ses concurrents, cette stratégie qui ne lui procure que la perte sans aucune compensation ailleurs, l'élimine finalement du marché avant d'être sanctionné par la loi. La vente ou la revente à perte est souvent le procédé de l'opérateur de dominance pour évincer ses concurrents, car la puissance économique lui permet de vendre à perte sans risque économique en raison du caractère marginal de la production vendue à perte et de la compensation qu'il peut opérer sur d'autres produits. Alors, il s'expose donc, le cas échéant, à une incrimination d'abus de position dominante. Pour cette raison, la clause est supprimée dans le projet de la modification de la loi précitée.

817. Malgré cela, quelques exceptions à l'interdiction de la vente à perte sont prévues à l'article 11, paragraphe 2 de la Loi contre la concurrence déloyale. Il s'agit de cas limitativement énumérés où la vente ou la revente à perte est présumée économiquement nécessaire. Alors, l'interdiction ne s'applique pas :

- aux produits frais et de primeurs qui sont de nature périssable à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide et à condition que l'offre de prix réduit inférieur au prix de revient ne fasse l'objet d'aucune publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente ;
- aux produits dont la durée de validité sera expirée ;
- aux produits entassés en vue du déstockage, ou aux produits qui ne

répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques ;

- aux produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ;
- aux ventes volontaires ou forcées au rabais, qui sont motivées par la cessation d'une activité commerciale à cause de l'acquittement d'une dette, la liquidation ou le changement d'activités, etc.

818. Ces dernières années, les ventes directes du producteur au consommateur, un nouveau procédé de vente, sont réglementées par beaucoup de règlements administratifs. Le Règlement sur la vente directe adopté le 1^{er} décembre 2005 par l'AIC a pour but de distinguer la vente directe du producteur au consommateur du système de promotion pyramidale dans lequel un consommateur verse une participation en échange de la possibilité de percevoir une contrepartie provenant essentiellement de l'entrée d'autres consommateurs dans le système plutôt que de la vente ou de la consommation de produits. Sous peine de sanction pécuniaire, l'organisateur et les participants de ventes pyramidales seront punis pénalement. En général, c'est le pouvoir public qui intervient pour lutter contre les ventes pyramidales conformément aux règlements administratifs publiés par le CAE¹⁰²⁷.

4. Le dénigrement visé par l'article 14

819. Le dénigrement au sens du droit de la concurrence déloyale consiste à jeter le discrédit sur un opérateur économique ou sur ses produits. Pour qu'il soit constitutif de concurrence déloyale, il faut qu'une information malveillante ou péjorative, inventée soit diffusée par le contrevenant.

La seule clause consacrée au dénigrement est l'article 14 de la Loi contre la concurrence déloyale, qui prévoit de manière très simple et succincte que *«l'opérateur économique ne doit pas inventer ni diffuser d'informations mensongères pour dénigrer l'image commerciale d'un concurrent ou la réputation de ses produits.»* Aucun texte législatif ne définit « l'image commerciale d'entreprise » et « la réputation des produits ». Le juriste chinois induit la notion doctrinale de la jurisprudence et du concept de comptabilité. On entend par « l'image commerciale d'entreprise » une combinaison de la

¹⁰²⁷ Circulaire relative à la Prohibition des activités de vente pyramidale publiée par le CAE le 18 avril 1998.

réputation et de la crédibilité de l'entreprise qui reflète l'évaluation générale du public sur le crédit, la qualité de produit, l'attitude de service, la capacité de capital et la puissance de marché d'une entreprise. Quant à « la réputation des produits », portant principalement sur la qualité et le prix du produit, elle est en effet une évaluation générale du public comportant professionnels et consommateurs sur le prix et la qualité du produit.¹⁰²⁸ La réputation des produits est considérée souvent comme une partie de l'image commerciale de l'entreprise, lorsque la réputation des produits est dénigrée, l'image commerciale du fabricant est ternie inévitablement.

Le caractère équivoque de la clause invite à un développement doctrinal soutenu par la jurisprudence assez riche sur les formes et les conditions du dénigrement.

1) Formes de dénigrement direct ou indirect

820. L'opérateur économique peut déformer l'image du concurrent de manière directe et explicite. Lorsque un producteur de piston distribue des tracts avec un slogan publicitaire « *Rappel solennel* » pour donner l'alerte aux consommateurs des produits de son concurrent qui est dans la même région géographique que lui et que dans les tracts il invente des informations mensongères sur la technique, l'équipement et la méthode d'examen de la production de pistons de son concurrent, ce dernier subit un préjudice concurrentiel qui doit être réparé¹⁰²⁹.

Le dénigrement peut être implicite lorsqu'il déforme l'image du concurrent de manière allusive. Ainsi, le fait pour *Rising Company* de vanter son logiciel d'anti-virus de telle manière qu'il suggère que son concurrent *Kingsoft Company* est dépourvu de ces qualités et que le produit de *Kingsoft* est obsolète constitue un dénigrement indirect¹⁰³⁰. Dans la même affaire, le tribunal constate que la critique excessive du gérant de *Rising company* dans la presse sur la promotion de vente de *Kingsoft Company* n'est pas en soi condamnable, car ses expressions exagérées et péjoratives ne sont qu'une manifestation du mépris et du non-respect envers son concurrent, et que la critique ne constitue pas une invention d'informations

¹⁰²⁸ PANG Qingyan, WANG Peimin, WANG Lufeng et WANG Liping, *Droit de la concurrence : cas et interprétation jurisprudentielle*, China Economic Publishing House, 2004. p.151-152.

¹⁰²⁹ Affaire *Jiangsu Weilong Piston. Ltd. c./ Shuanghuan Piston.Ltd.* Arrêt n°8 (2000) en premier ressort du Tribunal populaire intermédiaire de Municipalité Yangzhou en province Jiangsu, Arrêt n°95 (2000) en dernier ressort du Tribunal populaire d'instance supérieure en province Jiangsu.

¹⁰³⁰ Affaire *Kingsoft c./ Rising.* Arrêt n°8 (2003) en premier ressort du Tribunal populaire de Haidian à Beijing.

mensongères à l'égard de *Kingsoft* et elle n'est sanctionnée que si elle est mensongère ou crée un préjudice au détriment du concurrent.

2) Conditions de dénigrement

821. Dans l'affaire *Jiangsu Weilong Piston Ltd. c./Shuanghuan Piston.Ltd*, dans la brochure publicitaire de *Shuanghuan Piston*, celui-ci n'a pas cité le nom de son concurrent, pourtant, ses comportements sont censés être un dénigrement au sens de la loi contre la concurrence déloyale. Ainsi donc, comme la jurisprudence française, « le dénigrement illicite ne suppose pas que la personne ou l'entreprise visée soit nommément désignée. Il suffit qu'elle soit aisément reconnaissable ou parfaitement identifiable par la référence à ses produits, sa notoriété, son activité. »¹⁰³¹ Le tract publicitaire de *Shuanghuan Piston*, qui fait référence au nom sous lequel le concurrent géographiquement proche est traditionnellement connu, exclut l'équivoque. Dans l'esprit des consommateurs, il est clair et certain que l'entreprise dénigrée par *Shuanghuan Piston* est l'entreprise *Weilong Piston*, la victime.

Non seulement le dénigrement porte sur l'entreprise, mais aussi sur la qualité ou le prix de ses produits ou de ses services. C'est le cas le plus fréquent. Dans l'affaire *Shanghai Sigma Poterie Electronique c./ Shanghai Ruikan Câbles*¹⁰³², l'entreprise *Shanghai Ruikan Câbles* a été condamnée à réparer les dommages qu'elle a fait subir à l'entreprise *Sigma* par la comparaison des prix et des qualités entre ses produits et les produits de son concurrent *Sigma* dans ses brochures publicitaires qui sont distribuées à tous ses distributeurs.

La troisième condition porte sur l'information concernant le concurrent dénigré. La jurisprudence estime que l'information basée sur les statistiques publiques et officielle est objective, motivée et neutre et qu'elle ne constitue pas le dénigrement¹⁰³³ et que seule une information de nature mensongère créée par le contrevenant en vue de discréditer le concurrent est susceptible de constituer un dénigrement.

Enfin, le dénigrement suppose une diffusion de l'information à la clientèle. La diffusion purement confidentielle d'une information mensongère et malveillante ne

¹⁰³¹ Louis Vogel, *Droit de la concurrence déloyale*, Lawlex, 2007-2008, p.72.

¹⁰³² L'affaire *Shanghai Sigma Poterie Electronique c./ Shanghai Ruikan Câbles*, Arrêt n° 17 (1998) en premier ressort du Deuxième Tribunal populaire intermédiaire de Beijing, Arrêt n°48 (1999) en dernier ressort du Tribunal d'instance supérieure de Beijing.

¹⁰³³ L'affaire *Qingdao Jiuxin c./ Tianjin Turk Transmetteur*, Arrêt n°4 (2000) en premier ressort du Tribunal populaire de Municipalité Qingdao en province Shandong, Arrêt n°5 (2000) en dernier ressort du Tribunal intermédiaire de Qingdao en province Shandong.

peut porter atteinte à l'image, à la réputation, aux produits ou services d'un opérateur économique. L'information mensongère atteint le public de diverses manières : interview ou annonce dans la presse, affiche, tract, brochure et Internet. La campagne publicitaire est cependant le support le plus fréquemment utilisé. Les articles 12 et 40 de la Loi sur la publicité prévoient la responsabilité juridique du dénigrement commercial. Lorsque l'action en concurrence déloyale se cumule avec l'action de l'infraction à la loi sur la publicité, la loi sur la publicité a la prééminence sur la loi sur la concurrence déloyale selon la maxime universellement acceptée, *lex specialis derogat generali*.

A. Actes de la concurrence déloyale affectant les intérêts des consommateurs

1. La publicité trompeuse visée dans l'article 9

822. L'interdiction de la publicité trompeuse a été édictée par la loi sur la publicité de 27 octobre 1994, et par la loi contre la concurrence déloyale. Elle n'a pas pour objet unique la défense des consommateurs mais aussi le bon fonctionnement des marchés et l'amélioration des conditions de la concurrence. La définition de l'infraction de publicité mensongère est aussi large qu'il s'agisse des moyens et supports de la publicité, des produits et services sur lesquels elle porte, et des éléments sur lesquels la publicité doit être sincère.

Aux termes de l'article 9 de la loi contre la concurrence déloyale, « *L'opérateur économique ne doit recourir à la publicité trompeuse ou mensongère sur la qualité, le prix, les ingrédients, la fonction, l'usage, le producteur, la durée de validité, le lieu d'origine de production, les services assortis ou d'autres aspects du produit, qui sont de nature à induire en erreur.*

L'agence de publicité ne doit s'engager à titre d'intermédiaire à concevoir, ni à produire, ni à émettre la publicité trompeuse et mensongère lorsqu'elle est consciente ou doit être consciente de la nature trompeuse de la publicité émise par elle. »

Ensuite, l'article 8 des Explications judiciaires de la Cour suprême populaire de 2006 concrétise limitativement les actes de publicité trompeuse prévus à l'article 9 de la loi contre la concurrence déloyale. Induire en erreur est le caractère commun de ces actes :

- faire des publicités partielles ou des comparaisons partielles sur les produits ;
- faire passer une conclusion inachevée du point de vue scientifique pour un fait objectif dans une propagande publicitaire des produits ;

- recourir aux langages de nature à induire en erreur, ou d'autres moyens susceptibles de conduire les consommateurs à une conclusion erronée.

Ainsi, la publicité tombe sous le coup de la loi sur la publicité et la loi contre la concurrence déloyale si elle est fautive, mensongère ou seulement trompeuse. L'exagération du langage publicitaire qui ne cause aucun malentendu dans l'esprit du consommateur moyen ne détermine pas la nature trompeuse d'une publicité. Le juge est donc invité à prendre en considération les expériences de la vie quotidienne, de se référer au consommateur type, moyennement vigilant et attentif, et d'analyser la situation actuelle d'un malentendu causé par des allégations, indications ou présentations fausses, mensongères ou trompeuses.

823. Les lois prévoient des sanctions. Les sanctions administratives selon la loi contre la concurrence déloyale sont la confiscation des gains illégaux provenant de la publicité trompeuse et une amende entre 10 mille yuans et 200 mille yuans selon la circonstance de l'infraction. La loi sur la publicité instaure une responsabilité pénale en cas de circonstances aggravantes. En conformité avec l'article 222 de la loi pénale, la sanction pénale à l'infraction de publicité trompeuse sera l'emprisonnement de 2 ans au plus, amende de 1 à 5 fois des frais de publicité, au plus, ou cumul de ces deux sanctions.

Des peines complémentaires peuvent aussi être appliquées : le tribunal peut ordonner la cessation de la publicité. Il peut condamner à publier son jugement dans les journaux ou revues qu'il désigne. Il peut même ordonner la diffusion, aux frais du condamné, d'annonces rectificatives. Dans ce cas il fixe les termes de ces annonces et les modalités de leur diffusion. Il impartit au condamné un délai. Les lois ont même prévu la possibilité de faire cesser une publicité mensongère avant le jugement pour éviter que la tromperie ne se prolonge pendant tout le temps de la procédure judiciaire. La mesure est exécutoire nonobstant toute voie de recours.

2. La vente avec primes dans l'article 13

824. L'article 2, paragraphe 1 du «Règlement de l'AIC relatif à la concurrence déloyale dans les activités de vente avec primes» du 24 décembre 1993 définit la vente avec prime comme « *l'acte d'un opérateur économique dans ses activités de vente de produits ou de prestation de services d'offrir supplémentairement à l'acheteur des choses, de l'argent ou d'autres avantages économiques comme prime de son achat, qui revêt deux*

formes : l'une est la vente avec cadeaux pour récompenser tous les acheteurs, l'autre est la vente avec tirage au sort pour récompenser une petite partie d'acheteurs favorisés par le sort. » En d'autres termes, la vente avec primes est une sorte de promotion de vente pour laquelle le commerçant récompense l'acheteur pour son achat par des produits, de l'argent et d'autres avantages.

La vente avec primes ne se passe qu'entre le distributeur et l'acheteur qui peut être soit professionnel, soit consommateur. Puisque la disposition de vente avec primes dans la loi contre la concurrence déloyale ne vise que l'intérêt des consommateurs, l'acheteur dont on parle ici n'est que le consommateur. Dans la transaction de vente avec primes, il existe deux rapports juridiques, le premier est le rapport contractuel d'achat entre le commerçant et l'acheteur sur la base de demande-offre, le deuxième est celui de donation qui est secondaire et attaché au premier rapport.

825. S'agissant de la première forme de la vente avec prime, la vente avec présents pour récompenser tous les acheteurs est de nature universelle et de rattacher. Cette universalité exige que le commerçant fasse preuve d'impartialité envers tous les acheteurs à l'égard des présents qu'il offre. Le rattachement exige un certain lien rattachant le produit vendu et le présent offert, c'est-à-dire en général, le présent offert est de nature à servir le produit principal. De plus, selon le Règlement de l'AIC de vente avec prime, le présent offert doit répondre à quelques conditions pour que la vente avec présents soit licite.

La première condition est que la valeur ou le prix du présent offert est insignifiant par rapport à la valeur ou le prix du produit principal vendu, sinon, l'opérateur économique est susceptible de commettre l'infraction de pot-de-vin commercial sous prétexte de vente avec primes¹⁰³⁴.

La deuxième condition est que le présent doit être offert gratuitement sans aucune contrepartie de paiement. L'opérateur économique qui procède à la vente avec primes ne doit demander aucun paiement déguisé de la part de l'acheteur pour couvrir la perte d'offre.

¹⁰³⁴ L'article 8 du Règlement de l'AIC relatif à la concurrence déloyale de pot-de-vin commercial prévoit qu'il est interdit aux opérateurs économiques d'offrir gratuitement à son partenaire (personne morale ou physique)

La troisième condition est qu'il importe peu qui soit le donateur du présent. Il peut être soit celui qui vend le produit principal, soit le fabricant du produit principal ou le fabricant du présent, soit une tierce personne.

826. La clause interdisant la concurrence déloyale sous la forme de vente avec primes dans la loi contre la concurrence déloyale a pour but de répondre au besoin du bon fonctionnement du marché pendant les années 1990 durant lesquelles toutes sortes de ventes avec primes faisaient fureur dans tous les coins du pays sans contrainte de droit. Alors, ensuite, selon l'article 13 de la loi contre la concurrence déloyale, il sera interdit à une entité commerciale d'employer trois formes de vente avec primes.

Premièrement, la vente avec primes de nature trompeuse est répréhensible. Le recours au procédé frauduleux consistant à faire mensongèrement état de l'existence de primes ou à faire en sorte que les primes soient attribuées à des personnes choisies au sein de l'entreprise se présente sous plusieurs formes :

- Allégation mensongère de la vente avec primes sur la probabilité de gagner le lot le plus élevé ou sur la quantité et la qualité du présent offert. Par exemple, en organisant une activité de promotion de vente de billets qui s'appelle 'Mouvement pour récompenser les clients fidèles à nos billets de cinéma avec une prime d'un million de yuan', un théâtre de la province de Liaoning accorda le premier lot au numéro '72426' et le deuxième lot au numéro '81851'; mais, en fait le nombre total des lots n'était que de 49 999, de sorte que le premier et le deuxième lot n'étaient pas attribués¹⁰³⁵.
- Attribution des primes ou des lots aux personnes désignées antérieurement afin de faire croire à l'existence de lots et par ce fait, induire le désir d'achat de consommateurs ;
- Dissimulation intentionnelle de faits ou d'informations authentiques sur les éléments constitutifs des lots, des présents ou des primes, tels que la typologie de la prime, la probabilité de gagner, le montant par lot, le lot le plus élevé, la quantité et la qualité du présent offert, etc.

des argents ou des biens de valeur. L'infraction de la présente disposition constitue le pot-de-vin commercial, à l'exception de l'offre du présent de valeur insignifiante.

¹⁰³⁵ Bureau du commerce équitable de l'AIC, *Cas sélectionnés de la concurrence déloyale*, Publishing House of Industry Commerce, 1996.

Deuxièmement, est sanctionnable le recours au procédé de vente avec prime pour promouvoir la vente de produits de qualité moins bonne et de prix plus élevé. Le consommateur a le droit d'acquérir des produits de bonne qualité et bon marché. Dans toute vente qu'elle soit effectuée avec primes ou non, écouler ou colporter des produits de qualité moins bonne et de prix plus élevé est susceptible de porter atteinte aux intérêts des consommateurs, et est ainsi considéré contraire au principe d'équité commerciale.

Troisièmement, est interdit le recours à la vente avec primes sous forme de tirage au sort dont la valeur du lot le plus élevé est supérieure à 5 000 yuans RMB. Le législateur chinois estime que la valeur du lot le plus élevé supérieur à 5 000 yuans RMB est susceptible d'induire le consommateur en erreur dans sa décision d'achat, transmettre de fausses informations du marché, déformer le rapport concurrentiel entre les concurrents et perturber l'ordre concurrentiel du marché.

827. Les articles 13, 20 et 26 de la loi contre la concurrence déloyale et le Règlement de l'AIC prévoient des responsabilités administrative et civile pour l'infraction de la vente avec primes.

Conformément à l'article 26 de la loi précitée, l'autorité compétente de surveillance est dotée du pouvoir d'ordonner la cessation des actes illégaux et sanctionner le contrevenant d'une amende de 10 milles yuans minimum à 100 mille yuans maximum.

L'article 20 de la loi précitée instaure la responsabilité civile, la victime de la vente avec primes pouvant intenter une action civile devant le tribunal du local de la vente avec primes pour obtenir la réparation des dommages qu'elle a subie.

II. Acte déloyal perturbant le marché économique et la société

828. Le pot-de-vin d'affaires est d'un phénomène mondial.¹⁰³⁶ La corruption porte un préjudice grave aux secteurs aussi bien publics que privés, au marché économique aussi bien qu'à la société. En Chine, la corruption, la fraude¹⁰³⁷ et les autres délits

¹⁰³⁶ Selon les estimations de l'Institut de la Banque Mondiale, le volume total des pots-de-vin payés annuellement s'élève à 1 milliard de dollars US, près de deux fois le produit intérieur brut (PIB) de l'Afrique. Source: Kaufmann D., A. Kraay, and M. Mastruzzi 2007: *Gouvernance Matters VI: Governance Indicators for 1996-2006*. Source: World Bank Institute, *Governance Indicators 2006*.

¹⁰³⁷ La China Banking Regulatory Commission déclare avoir poursuivi 724 cas de fraude au cours du premier semestre de 2006, dont 21% ont porté sur des sommes dépassant un million Yuan RMB. Amy Gu, *Regulator fines Changsha bank executives*, South China Morning Post, le 9 novembre 2006.

économiques sont notoirement endémiques dans le monde des affaires.¹⁰³⁸ Ainsi, selon certaines estimations, la corruption en Chine correspondrait à 3-5% du produit intérieur brut¹⁰³⁹ alors que Transparency International annonce que 77 pays sont perçus comme moins corrompus que la Chine.¹⁰⁴⁰

Cependant, les professionnels industriels et commerciaux participent aussi aux pots-de-vin d'affaires et, une fois la corruption répandue, ces entreprises ont des difficultés à la combattre individuellement. Des concurrents corrompus mettent les professionnels non corrompus en position de désavantage concurrentiel. Ces derniers craignent de ne pas pouvoir obtenir les projets par le seul mérite de leur offre, donc ils prennent part à la corruption, contribuant ainsi à la répandre. La lutte contre la corruption provient non seulement des entreprises individuellement et collectivement, par exemple, la coalition des entreprises contre la corruption comme *Forum des chefs d'entreprise de Chine*¹⁰⁴¹ qui en effet n'est pas assez efficace, mais surtout de la force publique, comme la loi et les règlements.

829. Soucieux d'assurer que les entreprises soient éthiques, de freiner la propagation des pots-de-vin dans les activités d'affaires et d'assainir le marché, le législateur chinois instaure une clause de lutte contre la corruption dans la loi contre la concurrence déloyale. Nous allons examiner cette notion, les éléments constitutifs de pot-de-vin d'affaires en tant qu'acte de concurrence déloyale (**A**) ainsi que ses formes et ses responsabilités (**B**) sur la base de l'article 8 de la Loi contre la concurrence déloyale de 1993.

A. Généralités sur le pot-de-vin d'affaires

1. La notion du pot-de-vin d'affaires

1) Définition du pot-de-vin d'affaires

830. Au lieu de donner une définition au pot-de-vin, le texte législatif interdit les différentes formes de corruption dans le monde d'affaires. Selon l'article 8 de la loi contre la concurrence déloyale, une entreprise qu'elle soit industrielle ou

¹⁰³⁸ OCDE, *Governance in China*, Paris, 2005, p. 107, citant Pei, Minxin, The Long March against Graft, Financial Times, 10 décembre 2002. Dans le Rapport de la Banque Mondiale Doing Business in 2006, et sur la qualité de la gouvernance des entreprises la RPC a obtenu un score à la moitié du niveau de Hong Kong et des États-Unis, tout en se comparant favorablement au Mexique.

¹⁰³⁹ OECD, *Governance in China*, Paris, 2005, p. 107.

¹⁰⁴⁰ La France, les États-Unis et le Canada occupent respectivement les 18^e, 17^e et 14^e rangs. Transparency International estime le niveau de corruption en fonction d'avis d'experts et de sondages d'opinion, http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2005.

¹⁰⁴¹ Le Forum a été lancé par le Forum International des Dirigeants d'Entreprise (IBLF) en partenariat avec l'Université du Peuple chinois. Il fournit un forum trimestriel pour les dirigeants d'entreprise chinois et

commerciale ne doit en aucun cas se livrer à la subornation en proposant une somme d'argent ou des cadeaux ou en ayant recours à d'autres moyens pour vendre ou acheter des produits. Un opérateur économique qui consent secrètement une commission à un partenaire, une personne morale ou physique, sans l'enregistrer dans ses livres de comptes se rend coupable de corruption active; par ailleurs, si le partenaire, une personne morale ou une personne physique, accepte en secret une commission sans en enregistrer dans sa comptabilité, elle se rend coupable de corruption passive. En revanche, lors de la vente ou de l'achat de produits, un opérateur économique ne peut faire bénéficier son partenaire d'un rabais ou verser une ristourne à l'intermédiaire que de manière explicite. L'opérateur économique qui consent des rabais à son partenaire et verse des ristournes à un intermédiaire doit enregistrer toutes ces dépenses dans sa comptabilité, et les entreprises qui acceptent des rabais ou des ristournes sont tenues d'enregistrer ces recettes dans leurs livres de compte.

Le règlement provisoire de l'AIC publié le 15 novembre 1996 constitue une explication complémentaire à l'article 8 de la loi précitée. Selon l'article 2 du règlement provisoire, le pot-de-vin désigne le recours à la corruption dans le transfert de tout bien et autre moyen dont l'argent et des objets matériels pour assurer l'achat ou la vente des produits. Le déguisement de la corruption en commissions ou frais de promotion, de publicité, de recherche, de conseils, etc., ainsi que l'offre de «séjours en Chine ou à l'étranger» est spécifiquement interdit. Les actes de corruption qui ne sont pas expressément prévus par le Règlement sont passibles dans les cas graves de poursuites pénales.

2) Caractéristiques de pot-de-vin d'affaire

831. Il s'agit du rapport entre le pot-de-vin d'affaires et la commission, le rabais et la ristourne. Selon l'article 8 la loi contre la concurrence déloyale, le pot-de-vin d'affaires peut se traduire en terme de commission (‘回扣’, ‘*huikou*’), de rabais (‘折扣’, ‘*zhekou*’) ou de ristourne (‘佣金’, ‘*yongjin*’). La commission en tant que telle est illicite en soi, quoiqu'elle soit donnée ou acceptée. Mais le rabais et la ristourne ne sont pas forcément illicites. Les rabais et les ristournes doivent être enregistrées

étrangers où ils discutent de l'amélioration des normes commerciales aussi bien en Chine qu'au niveau international.

comme tels dans la comptabilité sous peine d'être assimilés à un moyen de corruption.

Aux termes de l'article 2, paragraphe 2 du règlement provisoire de l'AIC, le pot-de-vin désigne l'acte de suborner le partenaire qu'il soit une personne morale ou physique par le biais d'une offre des biens ou d'objets matériels pour assurer l'achat ou la vente, tandis que la commission en tant que moyen de corruption est de l'argent ou des objets matériels ou d'autres moyens qui représentent une proportion de la valeur des produits vendus ou achetés remboursée en sous-main au partenaire par l'opérateur économique sans l'enregistrer dans sa comptabilité en vertu de l'article 5, paragraphe 2 du règlement provisoire. Les différences entre le pot-de-vin et la commission s'infèrent de ces deux dispositions.

Premièrement, selon la définition du pot-de-vin d'affaires le transfert de biens ou d'autres avantages peut s'opérer du cédant à l'acceptant et de l'acceptant au cédant ; par contre, la commission ne peut se réaliser que par le transfert de biens et d'autres avantages du cédant à l'acceptant. Par exemple, dans la commercialisation des produits de mauvaise qualité, le distributeur souvent rembourse une proportion de valeur des produits vendus à la personne chargée de l'achat de l'acheteur. Dans l'appel d'offre publique des travaux de construction, le fait que pour être choisi, le soumissionnaire rembourse une partie du frais des travaux au responsable ou à des personnels importants de l'entreprise qui appelle l'offre publique constitue aussi une commission illicite.

Deuxièmement, le bien ou l'objet matériel remboursé dans le pot-de-vin peut ne pas être une partie du montant d'achat ou de vente des produits, tandis que le bien ou l'objet matériel remboursé en tant que commission ne peut être qu'une partie du montant d'achat ou de vente des produits.

Troisièmement, l'acte en sous-main et sans enregistrement dans la comptabilité est un élément constitutif indispensable de la commission illicite, mais pas aussi indispensable pour le pot-de-vin. En réalité, beaucoup de pot-de-vin ne constitue pas des commissions illicites, par exemple, donner de l'argent ou d'autres avantages au fournisseur pour acheter des marchandises très demandées ; offrir une somme d'argent au responsable du prêt bancaire pour obtenir un prêt bancaire ; faire présent d'argent ou d'autres intérêts matériels aux responsables des autorités pertinentes pour acquérir le droit d'exclusivité d'exploitation d'un produit spécial ou des travaux importants, etc.

832. De ce qui procède, en droit chinois, pour différents qu'ils soient, le pot-de-vin et la commission sont tous deux des actes de concurrence déloyale dont le point commun est de perturber l'ordre concurrentiel du marché et de porter préjudice aux intérêts et droits légitimes des opérateurs économiques honnêtes. Partant, des juristes chinois proposent de rayer la disposition concernant la commission dans l'article 8 de la loi précitée.

Selon l'article 8, paragraphe 2 de la loi précitée, le rabais n'est pas illicite en soi sous réserve qu'il soit enregistré dans la comptabilité du distributeur et de l'acheteur. L'article 6, paragraphe 2 du règlement provisoire de l'AIC qui limite le champ d'application du rabais dans la vente et l'achat de produits, prévoit que *« on entend par 'rabais' une concession de profits dans la vente et l'achat de produits, qui désigne la préférence tarifaire, enregistrée dans la comptabilité et offert de manière explicite au partenaire dans la vente de produits. Il comprend deux formes, l'une est la déduction proportionnée du prix total lors du paiement, l'autre est le remboursement proportionné du prix total après le paiement. »*

833. Nous inférerons de cette disposition la différence principale entre le rabais et la commission. Le rabais enregistré dans la comptabilité et offert de manière explicite est licite, tandis que la commission se produit en sous-main, alors illicite selon la loi. Cependant, des juristes chinois ont fait observer que l'acte explicite et d'enregistrement ne doit pas être la démarcation entre le rabais licite et la commission illicite, car dans le contexte actuel de la loi et du règlement, il y a une forte possibilité que le rabais et la commission se transforment de l'un à l'autre : on voit souvent l'apparition des rabais de montant élevé et des commissions de montant insignifiant puisque ni la loi ni le règlement ne fixe la proportion maximale de rabais et de commission. D'ailleurs, dans la vie économique chinoise, les opérateurs qui acceptent un rabais et une commission sont divers, certains d'entre eux ne sont pas tenus d'établir de livre de compte, l'enregistrement de l'acceptation d'un rabais ou d'une commission est impossible pour eux.¹⁰⁴² Partant, ils ont proposé de se référer à la loi allemande de la concurrence, en particulier la loi allemande du rabais qui instaure un rabais en espèce inférieur à 3%, et un rabais en quantité et en cas spécifique qui doit être en conformité avec les usages d'affaires et flotter autour du point de repère de

¹⁰⁴² KONG Xiangjun, *Application et perfectionnement de la Loi contre la concurrence déloyale*, édition du Droit, 1998, p.362.

3%¹⁰⁴³. Effectivement, avant cette proposition, la «Circulaire relative à l'amélioration de la politique tarifaire et administrative des produits pharmaceutiques»¹⁰⁴⁴ a fixé le rabais de vente des produits pharmaceutiques à une valeur inférieure à 5%, tandis qu'aucune limite n'est fixée à la commission.

834. La ristourne qui est en effet une notion du droit civil, particulièrement du droit des contrats, entre dans le champ du droit chinois de la concurrence déloyale pour la raison que beaucoup d'actes de concurrence déloyale de pot-de-vin d'affaires ou de commission sont déguisés en ristourne. Tant l'article 8.2 de la loi contre la concurrence déloyale que l'article 7.1 du règlement provisoire permet une ristourne de manière explicite et enregistrée dans la comptabilité. Selon l'article 7.1 du règlement provisoire, la ristourne est une rétribution ou une rémunération pour sa prestation des services à l'intermédiaire qui a la qualification légitime d'exploitation commerciale par l'opérateur économique dans la transaction commerciale. Ainsi donc, elle est licite lorsqu'elle a été enregistrée dans le livre de comptabilité de l'opérateur économique qui a reçu la prestation de service de l'intermédiaire et qui a été payé de manière explicite.

Dans la réalité, il existe maintes formes de frais supplémentaires payés à côté du prix de vente ou d'achat des produits ou de prestation de service. On ne peut les encadrer tous dans le champ du pot-de-vin d'affaires; seuls ceux qui correspondent aux éléments constitutifs de pot-de-vin d'affaires sont interdits par la loi.

2. Les éléments constitutifs de pot-de-vin d'affaires

835. Selon la loi contre la concurrence déloyale et le règlement provisoire de l'AIC, le pot-de-vin d'affaires qui tombe sous le coup de la loi et du règlement doit répondre aux quatre conditions suivantes simultanément.

La première condition concerne le sujet du pot-de-vin d'affaires. Puisque le pot-de-vin commercial comprend deux formes : la corruption active et la corruption passive, les sujets varient selon ces deux formes. Les sujets de la première forme sont ceux qui pratiquent activement la subornation. Ce sont les opérateurs économiques, personnes morales ou physiques ou d'autres organisations économiques qui se livrent à la commercialisation des produits ou à la prestation des services comme profession. Quant aux personnes non professionnelles qui sont impliquées

¹⁰⁴³ SHAO Jiandong, *Sur le rabais et la concurrence déloyale*, in Revue de l'Université de Nanjing (édition de la philosophie, la science humaine et la science sociale), 2002, n°2, Volume 146.

¹⁰⁴⁴ La Circulaire a été publiée par la Commission nationale de planification le 1^{er} décembre 1998.

activement dans la corruption, la loi contre la concurrence déloyale leur est inapplicable. Les sujets de la deuxième forme sont ceux qui acceptent un pot-de-vin. Ils comprennent l'entité partenaire ou l'individu partenaire. L'entité partenaire peut être aussi bien un professionnel qu'un non professionnel, tandis que l'individu est souvent l'agent ou le responsable du partenaire.

La deuxième condition implique l'acte ou le comportement déloyal, à savoir les moyens de corruption qui se classifient en deux groupes : le transfert de biens et le transfert d'autres moyens. En vertu de l'article 2.3 du règlement provisoire, les biens comprennent l'argent et les objets matériels. Le terme 'autres moyens', quant à lui, désigne tout autre intérêt ou avantages en dehors de 'l'argent et objets matériels'. Selon l'explication de l'article 2.4 du règlement provisoire, les 'autres moyens' comprennent l'offre de voyage en Chine ou à l'étranger. Les juristes chinois se prononcent pour une explication au sens plus large, plus extensive¹⁰⁴⁵. D'après eux, les formes des 'autres moyens' sont indifférentes, ce qui importe est la nature de ces 'autres moyens', c'est-à-dire qu'il faut remonter à la nature d' 'intérêts' de ces autres moyens qui peuvent améliorer l'état financier, la position sociale de la personne qui les accepte ou changer son statut juridique ou satisfaire à son besoin personnel comme l'offre de services érotiques, un phénomène pandémique en Chine.

La troisième condition porte sur l'intention des auteurs du pot-de-vin d'affaires. Il est nécessaire d'établir l'existence d'un élément intentionnel. La corruption active a pour but d'assurer la vente de produits, l'achat de produits très demandés, d'acquérir un contrat de travaux de construction par un appel d'offre publique, d'évincer les concurrents pour éviter la concurrence loyale et finalement obtenir la position préférentielle déloyale dans la concurrence, tandis que la corruption passive a pour but de se procurer des intérêts illicites en acceptant l'offre du pot-de-vin. En théorie générale, la faute, l'imprudence ou la négligence ne peuvent être un élément constitutif du pot-de-vin d'affaires.

La dernière condition est le préjudice causé par le pot-de-vin commercial. En dehors du préjudice patrimonial, le pot-de-vin d'affaires porte atteinte à l'intérêt général de l'Etat chinois en entravant la concurrence loyale entre les concurrents, en perturbant le bon fonctionnement du marché et finalement en restreignant l'établissement et le développement de l'économie de marché. La corruption

¹⁰⁴⁵ SHAO Jiandong et FEI Anlin, (dir.), *Cours du Droit de la concurrence*, op.cit. p.95.

commerciale est l'origine et une forme de corruption politique, toutes deux nuisent à l'image de l'Etat chinois¹⁰⁴⁶; des effets encore plus néfastes sont : une mauvaise allocation des ressources, une innovation réduite, un investissement et un taux d'emploi réduits. Un simple exemple cité dans un des journaux principaux de l'Etat pourra l'illustrer¹⁰⁴⁷ :

«Une usine manufacturière privée d'équipements de machines électriques dans la municipalité de Nantong, dont les produits sont de qualité inférieure et dépourvue des conditions nécessaires à une bonne utilisation, n'arrive pas à commercialiser ses produits sur le marché, malgré toutes les démarches entamées par les représentants de commerce embauchés avec un salaire élevé. Ensuite, le patron de l'usine a offert une somme considérable de commission au responsable de l'entreprise d'Etat de la municipalité, chargée de la distribution des équipements de machines électriques et, finalement cette entreprise a acheté d'un seul coup ses produits de basse qualité pour une somme de 150 mille yuans. D'après ce que l'on rapporte, ce genre de phénomène est très fréquent parmi les responsables de commerce au sein des entreprises de distribution. Ils refusent catégoriquement l'achat de produits sans avoir reçu une commission offerte par le producteur. Une fois, la commission touchée, ils font acheter n'importe quels produits sans se soucier de la qualité de produits. »

Sans doute la corruption est la vraie cause de la difficulté de l'interdiction des contrefaçons, de la restriction de la commercialisation des produits de mauvaise qualité en Chine. Par conséquent, la corruption s'attire les responsabilités juridiques les plus rigoureuses par rapport aux autres actes de concurrence déloyale.

B. Les formes et responsabilités juridiques de pot-de-vin d'affaires

1. Formes de pot-de-vin d'affaires en Chine

836. Dans le monde actuel des affaires en Chine les formes de pot-de-vin sont nombreuses, la principale étant la commission. Le pot-de-vin commercial sous forme de commission est largement répandu dans le domaine de la distribution des marchandises et dans le secteur des services. Les domaines de distribution des produits pharmaceutiques et cosmétiques sont un aimant pour la demande et l'offre de

¹⁰⁴⁶ Malgré son tissu conventionnel pour l'entraide juridique, la Chine n'a réussi à faire rapatrier qu'une petite fraction des personnes s'étant enfuies à l'étranger dont les trois quarts sont des cadres supérieurs d'entreprises d'Etat ou hauts fonctionnaires poursuivis pour des délits de corruption. En 2003, il s'est agi de 600 des 8.400 personnes recherchées, OECD, Governance in China, Paris, 2005, p. 113.

la commission, si bien que les autorités compétentes locales déclenchent régulièrement une campagne spécifique pour combattre les tendances malsaines dues aux commissions, afin d'assainir le marché.¹⁰⁴⁸ Les secteurs de services touchés par le fléau de la commission sont en particulier celui des travaux de construction à forfait et de réparation.

837. Outre la commission, l'existence de toutes sortes de différents frais offerts au partenaire est devenue de plus en plus générale. Parmi eux, les dons attachés à l'achat ou à la vente constituent un nouveau moyen de pot-de-vin si bien que le règlement provisoire précité interdit les cadeaux d'affaires au-delà de valeurs modestes (art.8)

Récemment, un nouveau phénomène a attiré l'attention du public, baptisé par le monde d'affaires '*frais de débouchage de la voie*' ('*通道费*', '*tongdao fei*') qui est une désignation générale de tous les frais payés par les fournisseurs aux distributeurs, particulièrement les chaînes de grandes surfaces, pour que leurs produits puissent être étalés dans ces super ou hypermarchés. Les titres de ces frais de débouchage de la voie sont nombreux, nous citons quelque uns : 'frais de mise à l'étalage d'un nouveau produit' ('*新品上架费*', '*xinping shangjia fei*'), frais de soutien ('*赞助费*', '*zanzhu fei*'), frais de récompense à l'usure ('*消耗费*', '*xiaohao fei*'), frais de soutien à l'ouverture ou à l'anniversaire d'ouverture de supermarché ('*节日典庆赞助费*', '*jieri dianqing zanzhu fei*'), frais de publicité ('*广告费*', '*guanggao fei*'), frais d'information sur les prix bas ('*最低快讯赞助金*', '*zuidi kuaixun zanzhu jin*'), et frais de protection de prix ('*价格保护费*', '*jiage baohu fei*'), etc.. Dans un supermarché pékinois, les formes de *frais de débouchage de la voie* atteignent plus d'une trentaine par lesquelles ce supermarché a acquis des profits de plusieurs millions de yuans RMB par an¹⁰⁴⁹. Non seulement l'entreprise distributrice jouit du produit provenant d'un pot-de-vin commercial sous forme de ces frais, mais aussi les représentants de commerce du distributeur se sont enrichis par ces moyens. Car dans la pratique, ce sont eux qui décident d'acheter

¹⁰⁴⁷ « Lubrifiant ou Corrodant ? Le Problème existant dans la commission dans la municipalité de Nantong », in *Quotidien du Peuple*, le 4 juin 1993.

¹⁰⁴⁸ Par exemple, depuis avril 1999 jusqu'en mars 2000, l'administration locale de province Jiangsu de l'industrie et du commerce lançait un contrôle de dimension provinciale qui couvre 496 entités et entreprises privées et publiques dans le domaine de production et de distribution des produits pharmaceutiques dont 238 entre elles sont concernées de l'infraction de la loi sur la commission, soit 48% des entreprises sont impliquées, le taux de commission s'élève de 10% jusqu'à 45% du prix de produits. L'amende administrative infligée par l'AIC de Jiangsu atteint à 10 millions yuan RMB. Voir : « La Commission effrayante de produits pharmaceutiques : Dix cas de l'amende supérieure à million yuan émergés dans un an de l'enquête provinciale », in *Le Soir de Yangtsé* le 26 mai 2000.

¹⁰⁴⁹ « Le Trou noir du Supermarché », in *Journal d'Observateur économique*, le 8 avril 2002.

quels produits et les produits de qui. Un supermarché pékinois a été obligé de révoquer et remplacer tous ses représentants de commerce du fait que tous avaient conduit des voitures de luxe dont le prix ne correspondait pas à leurs salaires¹⁰⁵⁰.

2. Responsabilités juridiques de pot-de-vin d'affaires

838. L'article 22 de la Loi contre la concurrence déloyale prévoit que *«L'opérateur économique qui se livre à la corruption en proposant une somme d'argent ou des cadeaux ou en ayant recours à d'autres moyens pour vendre ou acheter des produits, et qui se rend ainsi coupable d'un crime, fait l'objet de poursuites pénales conformément à la loi; si l'infraction en cause ne constitue pas un crime, l'autorité de surveillance et de contrôle compétente peut, selon le cas, imposer une amende supérieure à 10 000 mais inférieure à 200 000 yuans RMB. Toutes les recettes ayant pu être réalisées de façon illicite sont confisquées.»*

Ainsi, l'infraction de la corruption commerciale ou du pot-de-vin d'affaires entraîne d'abord pour son auteur la responsabilité pénale, ensuite la responsabilité administrative. De plus, l'article 20 de la Loi précitée instaure en même temps la responsabilité civile pour l'infraction de la corruption commerciale.

1) Sanctions pénales

839. Une caractéristique du droit pénal chinois est que quasiment tout comportement illicite est susceptible d'être poursuivi au titre du droit pénal dès lors que ses conséquences atteignent une certaine importance estimée selon des critères, et sujette à des seuils, variables selon les actes, selon les lois et même en fonction de la juridiction saisie.

S'agissant du plus irréductible des délits dans le monde des affaires chinois, la corruption, selon le Procuratorat auprès de la Cour Populaire Suprême, entre 1998 et 2002, les tribunaux ont certes prononcé 83.300 condamnations pénales pour corruption¹⁰⁵¹.

Quand bien même il serait normal en droit chinois de caractériser un acte comme pénal en fonction de sa gravité, il demeure néanmoins que les franchises de la pénalisation de la corruption sont hissées à des niveaux qui laissent au trafic

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

¹⁰⁵¹ OECD, *Governance in China*, Paris, 2005, p. 114.

d'influence en tous genres un rôle important dans le monde des affaires. En particulier, les avantages concédés en échange d'une faveur administrative ou officielle qui ne dépassent pas 5.000 *yuans* pour les individus¹⁰⁵² et 200.000 *yuans* pour les entreprises échappent à la pénalisation,¹⁰⁵³ quitte à assumer le risque de subir des sanctions administratives ou d'être poursuivis en réparation par les victimes.

Selon l'article 13 de la Loi pénale, pour qu'un acte soit pénalement répréhensible, il doit être interdit par la loi.

La responsabilité pénale peut être imputée aux sociétés, entreprises, institutions, organisations et groupes dans lequel cas elle le sera également au responsable hiérarchique et aux personnes directement responsables des actes incriminés.

La gamme des sanctions pénales principales prévue dans l'article 33 de la loi pénale comporte:

- le contrôle (*guan zhi*) qui dure de trois mois à deux ans et est mis en œuvre par les organes de sécurité publique ;
- la détention correctionnelle (*ju yi*) est purgée dans un centre à proximité du domicile du détenu et elle dure d'un mois à six mois pendant lesquels le détenu peut rentrer à son domicile deux fois par mois (art.42,43 de la loi pénale)
- l'emprisonnement de longue durée (*you qi tu xing*), les détenus sont emprisonnés de 6 mois à 15 ans dans un centre pénitentiaire où ils doivent travailler (arts.45-47)
- la réclusion à vie (*wu qi tu xing*) et
- la peine capitale (*sixing*). Diverses malversations et corruptions très importantes dans le monde des affaires ont abouti à des peines capitales.

840. À ces sanctions pénales principales peuvent s'ajouter à titre complémentaire des amendes, la confiscation de propriétés, des privations de droits (art.36) et, pour les étrangers, la déportation (art.35).

En général, les infractions de nature sérieuse ou engendrant des conséquences graves sont passibles de détention criminelle pendant moins de trois ans, les infractions « très graves » à des peines de longue durée durant de trois à dix ans, et celles exceptionnellement graves à la réclusion à vie ou à la peine capitale. Dans le monde des affaires, la gravité de l'infraction est déterminée par les seuils monétaires.

¹⁰⁵² Le revenu mensuel moyen d'un chinois correspond à 848 *yuans*, OECD, Chines, Etudes économiques, Paris, 2006, p. 9.

¹⁰⁵³ Pour mettre ce chiffre en perspective, il est rappelé que le capital minimum d'une société à responsabilité limitée en Chine correspond à 30.000 *yuans*, article 26 de la Loi relative aux sociétés.

Quand une unité est condamnée pénalement, il lui est infligé une amende et les personnes responsables (les auteurs) et les autres personnes directement responsables (leurs chefs hiérarchiques) sont passibles des peines générales (art.30).

La corruption et les diverses manifestations de trafic d'influence et de prise d'intérêts font l'objet de dispositions dans la Loi pénale ainsi que dans la loi contre la concurrence déloyale. Les actes de corruption dans le secteur privé autant que ceux impliquant des agents publics sont sanctionnés.

841. De manière générale, les cibles prioritaires des normes pénales sont les demandeurs des avantages, dont en particulier les agents de l'Etat au sens large. En cohérence avec cet objectif prioritaire, les demandeurs des avantages indus en échange de l'exercice inapproprié de leurs fonctions sont sanctionnés plus lourdement que ceux qui fournissent ces avantages. Les actes d'extorsion des agents publics n'échappent à la poursuite pénale qu'à condition qu'ils fassent des aveux avant le déclenchement des poursuites ou dénoncent des autres responsables indécents de délits.

L'article 163 de la Loi pénale interdit au personnel d'entreprises de demander des biens (argent ou objets matériels) ou d'en accepter en échange d'avantages consentis dans l'exercice de leurs fonctions. Il sera sanctionné de plus de 5 ans d'emprisonnement et de la confiscation des biens obtenus illégalement.

L'offre de biens au personnel d'une entreprise pour obtenir des avantages déloyaux est punie par l'article 164 quand les montants en cause sont « relativement importants ». Selon cet article, l'offreur sera sanctionné de 3 jusqu'à 10 ans d'emprisonnement avec la confiscation des biens obtenus illégalement.

L'article 385 de la Loi leur interdit d'offrir ou d'accepter de monnayer leurs fonctions en réservant les sanctions les plus sévères aux demandeurs des paiements, à savoir d'au moins 3 ans d'emprisonnement à la réclusion à vie et /ou la confiscation de propriétés en fonction de la gravité de l'infraction. Les soudoyeurs des agents publics peuvent être poursuivis par l'article 389 de la Loi. Les unités peuvent être poursuivies pour corruption. La sanction du responsable de l'unité et des soudoyeurs peut être de 5 ans à 15 ans d'emprisonnement, ou même une réclusion à vie, et/ou avec la confiscation de propriétés.

842. Outre la loi contre la concurrence déloyale, de nombreuses autres lois prévoient l'application de sanctions pénales aux abus de leurs pouvoirs par les personnes ayant la charge de la régulation des activités économiques. Il en est ainsi

de la Loi sur le prix, de la loi sur la publicité, et de celles afférant aux services commerciaux, par exemple, le Règlement relatif à la vente directe adopté le 11 août 2005 par le Conseil des affaires d'Etat.

2) Sanctions administratives

843. Selon l'article 22 de la loi contre la concurrence déloyale, si l'infraction en cause ne constitue pas un crime, l'autorité de surveillance et de contrôle compétente peut, selon le cas, imposer une amende supérieure à 10 000 mais inférieure à 200 000 yuans. Toutes les recettes ayant pu être réalisées de façon illicite sont confisquées.

3) Responsabilité civile

844. En vertu des dispositions de l'article 20, tout opérateur économique qui, en violation des dispositions de la loi précitée, cause un dommage à un autre est tenu de le réparer. Lorsque les pertes subies par l'entité commerciale lésée sont difficiles à évaluer, le montant des dommages-intérêts est égal aux bénéfices que l'auteur de la violation a retirés de l'activité incriminée pendant toute la durée de celle-ci. L'auteur de la violation est également tenu pour responsable de tous frais d'un montant raisonnable encourus par l'entité lésée pour enquêter sur les actes de concurrence déloyale commis par l'entité soupçonnée d'avoir porté atteinte à ses droits et intérêts légitimes.

Lorsque les actes de concurrence déloyale portent atteinte aux droits et intérêts légitimes de l'entité commerciale lésée, celle-ci peut intenter des poursuites devant le Tribunal du peuple.

Section 2 Contrôle d'abus des droits de propriété industrielle

845. La vieille problématique du rapport entre la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence est incontournable, lorsque l'on entame une étude sur le développement et la modernisation du régime juridique de la concurrence. Au fil de la période de transition de l'Etat d'homme¹⁰⁵⁴ à l'Etat de droit, chaque branche de la famille juridique et chaque sujet juridique d'importance en Chine témoignent d'une expérience similaire du développement : de l'absorption assoiffée des théories

doctrinales d'autrui à la pratique législative et d'application administrative et judiciaire en espace. Le sujet de la relation entre le monopole temporaire d'exploitation et l'impératif de libre concurrence ne fait pas exception. Ceci constitue le plan de la présente section ; nous étudierons d'abord les théories doctrinales des pays occidentaux, pourtant reconnues par les juristes chinois (§1), ensuite, le régime du droit chinois de la concurrence applicable aux abus des droits de propriété intellectuelle (§2).

§1. Théories reconnues par les juristes chinois de la relation entre le droit de la concurrence et celui de la propriété intellectuelle

846. La possibilité de conflit et la nécessité de conciliation entre le droit de la concurrence et le système juridique de la propriété intellectuelle (I) nous conduiront à la bonne compréhension du rôle du droit de la concurrence dans le contrôle d'abus des droits de propriété intellectuelle (II).

I. La possibilité de conflit et la nécessité de conciliation

847. «Propriété intellectuelle et droit de la concurrence sont rarement perçus comme de bons amis juridiques.»¹⁰⁵⁵ Or, pour l'essentiel, ils ont tous pour finalité l'incitation à la concurrence et à la promotion du bien-être des consommateurs. Derrière leur apparence conflictuelle (A) se dissimule leur bon cœur l'un pour l'autre : le droit de la concurrence a pour intention d'assurer l'exercice normal des droits de propriété intellectuelle à l'encontre des abus de ces droits afin de sauvegarder la concurrence sur le marché des technologies ; celle-ci constitue un environnement propice pour l'innovation ; tandis que le droit de propriété intellectuelle confère au titulaire de la technologie le monopole légitime qui est l'objet de la protection du droit de la concurrence et la force motrice d'innovation incitée par le monopole légitime qui encourage la concurrence sur le marché de technologies. Entre eux, existe non seulement la nécessité de conciliation mais aussi une convergence essentielle dans leur finalité (B).

A. Le conflit entre deux systèmes juridiques

848. C'est au conflit entre ces deux grands systèmes juridiques que l'Etat chinois a été confronté lorsqu'il revendiquait le statut d'Etat fondateur de l'OMC à partir de la fin des années 1980. De plus s'y est ajoutée la peur de la stigmatisation des pays

¹⁰⁵⁴ *Supra.* n° 6.

occidentaux du fait du non-respect des droits de propriété intellectuelle des étrangers (problème de contrefaçon dans l'exportation, qui fut une des causes de l'échec de la demande d'être un des fondateurs de l'OMC en 1995). Ceci a conduit l'Etat Chinois à une prolifération législative dans le domaine de la propriété intellectuelle. D'autre part, l'inquiétude du rôle antimonopole du droit de la concurrence à l'encontre de sa politique d'encouragement de la concentration des entreprises nationales et de protection du monopole d'exploitation issu des droits de propriété intellectuelle a ralenti sa détermination à procéder aux travaux législatifs de la Loi antimonopole. Cette peur du conflit du droit antitrust et de celui de la propriété intellectuelle se manifeste chez deux groupes de spécialistes, celui des juristes représentés par l'éminent spécialiste ZHENG Chengsi¹⁰⁵⁶, qui mettent l'accent sur l'importance de la protection des droits exclusifs de propriété intellectuelle et celui des économistes qui sonnent le tocsin de manière sensationnelle à propos de l'effet néfaste du droit antimonopole sur l'innovation¹⁰⁵⁷.

849. D'après ces spécialistes, le conflit entre ces deux corps de règles est inévitable. Car le droit de la concurrence comme son autre nom – le droit antimonopole- l'indique, a pour but d'attaquer le monopole issu de pratiques anticoncurrentielles, tandis que le droit de la propriété intellectuelle, quant à lui, confère au titulaire des droits de propriété intellectuelle un monopole d'exploitation, une exclusivité sur un bien incorporel issue d'une invention, une création ou un signe distinctif. En tant qu'arme puissante dans la négociation commerciale, cette exclusivité sur laquelle reposent la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle rend le titulaire souverain maître de sa décision, discrétionnaire et absolue, c'est-à-dire que le titulaire a le droit d'en interdire l'exploitation à tous les tiers¹⁰⁵⁸. Ce droit ne doit être restreint par aucun autre système juridique, sauf celui de la licence forcée dans lequel le titulaire perd son droit d'interdire et n'a plus qu'un droit à rémunération équitable obéissant à des considérations d'intérêt général.

¹⁰⁵⁵ Andrée Puttemans, *Aspects Récents du droit de la concurrence*, Bruylant, 2005. p76.

¹⁰⁵⁶ ZHENG Chengsi, *Essais sur la propriété intellectuelle*, édition du Droit, 1998, et *Connais l'adversaire et lui-même pour gagner la bataille de propriété intellectuelle*, édition de Propriété Intellectuelle, 2000. V. aussi, LIU Maoling, *Analyse économique du droit de la propriété intellectuelle*, édition du Droit, 1996. CHEN Chuanfu, *Hautes technologies et droit de la propriété intellectuelle*, édition de l'Université de Wuhan, 2000.

¹⁰⁵⁷ *La nuisibilité du droit antimonopole*, in website de l'Information de la macroéconomie de la Chine, le 19 avril 2001. *Retardez impérativement l'adoption de la loi antimonopole*, in Journal de l'économie chinoise : <http://www.cet.com.cn>.

¹⁰⁵⁸ V. la définition donnée au mot « exclusif » dans le Vocabulaire juridique, sous la direction de G.Cornu. PUF, coll. Quadrige, 7^e édition, 2005.

Néanmoins, les licences forcées ne peuvent constituer qu'une exception marginale au principe du droit exclusif proclamé par la propriété intellectuelle.

850. Pour spécifique que soit le droit exclusif, le titulaire est un opérateur économique qui se livre à des activités économiques sur le marché. Comme le droit de la concurrence a pour but de surveiller tous les actes des opérateurs économiques sur le marché afin de sauvegarder l'ordre concurrentiel du marché, le titulaire du droit exclusif issu de la propriété intellectuelle est donc soumis au droit de la concurrence. Ainsi, les contrats d'exploitation qu'il conclut peuvent se voir appliquer le droit des ententes, en particulier lorsqu'ils comportent des clauses d'exclusivité. L'interdiction des abus de position dominante est également susceptible de heurter le monopole d'exploitation accordé par la législation. En plus, le caractère territorial des droits de propriété intellectuelle peut entrer en conflit avec une politique qui lutte contre le cloisonnement du marché dans le territoire chinois et avec la règle concurrentielle de la prohibition de répartition du marché. En un mot, nombreux sont les germes profonds de contradiction entre les deux systèmes juridiques. Un spécialiste européen décrit le rapport entre eux de manière pittoresque : les droits intellectuels sont « *comme des îlots émergeant au milieu d'un océan de libre concurrence* »¹⁰⁵⁹. Cependant, la possibilité du conflit entre ces deux systèmes n'est pas engendrée par le monopole inhérent à la propriété intellectuelle, qui est en effet préservé ou respecté par le droit de la concurrence ; c'est l'exercice concret de ce monopole qui est susceptible de causer le prétendu conflit lorsqu'il entre dans le champ d'application du droit de la concurrence avec des comportements qui entravent, éliminent ou restreignent la concurrence sur le marché¹⁰⁶⁰.

B. Conciliation et convergence de deux systèmes juridiques

1. Conciliation de deux systèmes juridiques

851. Malgré la possibilité de conflit entre ces deux grands systèmes juridiques, les problèmes concernant l'abus des droits de propriété intellectuelle dans la réalité du développement économique en Chine imposent aux spécialistes chinois l'idée de la nécessité de leur conciliation et la nécessité de l'application du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle.

¹⁰⁵⁹ Cité par Andrée Puttemans, *Aspects Récents du droit de la concurrence*, Bruylant, 2005. p76.

¹⁰⁶⁰ WANG Xianlin, *Contrôle antimonopole de l'exercice des droits de propriété intellectuelle- Compréhension et application de l'article 55 de la Loi antimonopole*, in Juristes, 2008, n°1.p.26.

852. La réforme économique chinoise a été déclenchée dans une époque d'épanouissement de l'économie de la connaissance au niveau mondial¹⁰⁶¹. Dans le monde de l'économie de la connaissance, l'Etat chinois est un partenaire d'importation des technologies des pays développés. Les entreprises chinoises ont généralement un pouvoir faible de négociation face à leurs investisseurs étrangers qui détiennent des droits de propriété intellectuelle. La concession de licences de technologie constitue le contenu principal de leur relation commerciale. Il n'est pas étonnant de voir que les accords de transfert de technologies entre les entreprises chinoises, le preneur, les investisseurs étrangers - le donneur, sont entachés par des clauses de restriction de concurrence¹⁰⁶². Ainsi, le refus d'appliquer la loi antimonopole aux abus des droits de propriété intellectuelle revient à refuser de protéger ses opérateurs économiques nationaux en les mettant dans une situation défavorable artificiellement vis-à-vis des investisseurs étrangers détenant des droits de propriété intellectuelle. De même, le refus de concilier ces deux corps de règles affaiblira la compétitivité des entreprises nationales tant sur le marché intérieur que sur le marché mondial. La nécessité de la conciliation entre le droit de la concurrence et celui de la propriété intellectuelle est ainsi reconnue par les juristes chinois.

2. Convergence des finalités des deux systèmes juridiques

853. Non seulement la nécessité de la conciliation est reconnue par les juristes chinois, mais encore, ceux-ci constatent une convergence essentielle de deux systèmes juridiques d'après les études des expériences de deux côtés de l'Atlantique¹⁰⁶³. A cet égard, nous sommes du même avis que la spécialiste française,

¹⁰⁶¹ L'Union européenne et les Etats-Unis ont identifié les ressources promises par l'économie de la connaissance. L'Union européenne a même adopté un ambitieux programme stratégique de réformes visant à faire de l'UE en 2010 « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique sur le plan mondial » (Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Lisbonne, 24 mars 2000), tandis qu'aux Etats-Unis, une réflexion en profondeur a été menée conjointement par la Federal Trade Commission et l'Antitrust Division in the Department of Justice sur la bonne articulation entre politiques de concurrence et de propriété intellectuelle pour stimuler une économie fondée sur la connaissance. V. Ch. James, Joint DOJ-FTC Hearings on Competition and Intellectual Property Law and Policy in the Knowledge-Based Economy, 6 févr. 2002, site DOJ.

¹⁰⁶² Parmi les clauses de restriction de concurrence, on énumère quelques unes: la clause qui restreint la capacité du preneur d'exploiter sa propre technologie, d'effectuer la recherche-développement sur la base de la technologie concédée, la clause qui restreint la capacité du preneur de déterminer ses prix, sa quantité de production ou de vente, la clause qui répartit les marchés et les clients et la clause qui impose au preneur de céder au donneur une licence exclusive ou l'intégralité ou une partie des droits sur les améliorations ou les nouvelles applications de la technologie concédée, etc.

¹⁰⁶³ Pour les Etats-Unis, cf US Guidelines (1995) et Rapport précité de la FTC. Pour l'Europe, cf Lignes directrices relatives aux accords de transfert de technologies, n°16, http://europa.eu.int/lex/pri/fr/oj/dat/2004/c_101/c_10120040427fr00020042.pdf

Madame Catherine PRIETO, dans sa description de la relation du droit de la concurrence et celui de la propriété intellectuelle :

«La finalité du droit de propriété intellectuelle est cruciale par sa capacité d'incitation à innover moyennant la certitude d'un retour sur investissement. Le droit de la concurrence ne saurait saper cette dynamique, au risque de créer de graves préjudices à l'économie de la connaissance. Néanmoins, le droit de la concurrence s'avère lui aussi utile face à des dérives constatées dans les pratiques en matière de propriété intellectuelle. Le phénomène de prolifération des brevets indique combien la propriété intellectuelle est instrumentalisée et devient une arme stratégique de négociation, plutôt qu'un mode de protection d'une invention substantielle. Le phénomène des acquisitions de brevets par la voie des fusions d'entreprises est tout aussi perturbateur. L'un et l'autre conduisent souvent à des impasses, sources de blocage de toute innovation du fait de comportements unilatéraux abusifs ou de comportements collusifs¹⁰⁶⁴. C'est l'effet « patent thicket »¹⁰⁶⁵. Le droit de la concurrence tend à préserver l'accès au marché technologique et une émulation propice à l'innovation. Ces deux branches du droit servent, chacune à leur manière, le bien-être du consommateur et une répartition efficace des ressources. Leurs relations ne doivent donc pas être placées sous le signe d'un conflit, mais bien plutôt sous celui de la complémentarité.»¹⁰⁶⁶

II. Le rôle du droit de la concurrence dans le contrôle d'abus des droits de propriété intellectuelle

854. Les instruments juridiques multilatéraux à l'échelle mondiale ont toujours été le caractère principal de la protection de la propriété intellectuelle depuis la fin du XIX^e siècle qui a vu se conclure les deux Conventions fondatrices en la matière : la Convention d'union de Paris pour la protection de la propriété industrielle (dont la teneur concerne les brevets, marques, dessins et modèles, nom commercial, concurrence déloyale) en 1883 et la Convention de l'union de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (droit d'auteur) en 1886. Le champ d'application territorial de ces deux Conventions s'est encore considérablement

¹⁰⁶⁴ A.Gavil, W. Kovacic, J.Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, Thomson West 2002, pp.1110 et 1126.

¹⁰⁶⁵ C. Shapiro, *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent tools and Stand settings*, in *Innovation Policy and the Economy*, Adam Jaffe, Joshua Lerner and Scott Stern, (eds), National Bureau of Economic Research, 2001.

élargi¹⁰⁶⁷ par l'effet de l'entrée en vigueur de l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)¹⁰⁶⁸.

Dans la deuxième partie de l'ADPIC, consacrée aux normes concernant l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle, on trouve, sous la section 8, intitulée « contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles », l'article 40, une disposition qui touche directement au rôle du droit de la concurrence dans le système juridique de propriété intellectuelle.

En vertu de la disposition de l'article 40 de l'ADPIC, les Membres de l'Accord conviennent que certaines pratiques ou conditions en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle qui limitent la concurrence peuvent avoir des effets préjudiciables sur les échanges et entraver le transfert et la diffusion de technologie (art.40,§1). Le paragraphe 2 de l'article 40 précise qu'aucune disposition de l'Accord n'empêche les Membres de spécifier dans leur législation les pratiques ou conditions en matière de concession de licences qui peuvent, dans des cas particuliers, constituer un usage abusif de droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré et qu'un Membre peut adopter, en conformité avec les autres dispositions de l'Accord, des mesures appropriées pour prévenir ou contrôler ces pratiques qui peuvent comprendre, par exemple, des clauses de rétrocession exclusives, des conditions empêchant la contestation de la validité et un régime coercitif de licence groupés à la lumière des lois et réglementations pertinentes dudit Membre.

855. En tant que membre de l'ADPIC, la Chine a peu de difficulté à accepter théoriquement le principe établi par l'article 40. Cependant, la culture de propriété intellectuelle faisant défaut, la mise en œuvre dans la pratique est hésitante et traînante. Cela exige une étude en profondeur des expériences des pays industrialisés afin de mettre en ordre des instruments judiciaires régissant la matière après avoir été imprégnés de l'atmosphère culturelle plus moderne de la propriété intellectuelle.

¹⁰⁶⁶ Catherine PRIETO, *La politique européenne de concurrence relative aux transferts de technologie dans une perspective transatlantique*, Europe n°1, janvier 2005, Etude 1, LexisNexis SA. <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery>

¹⁰⁶⁷ La Convention de Paris comprend à ce jour 169 parties contractantes et la Convention de Berne, 159.

¹⁰⁶⁸ Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, y compris le commerce des marchandises de contrefaçon (en anglais : TRIPS Agreement), formant l'annexe 1C, à l'Accord instituant l'organisation mondiale du Commerce, Acte final fait à Marrakech le 15 avril 1994, approuvé par la loi n° 94-1137 du 23 décembre 1994. La République populaire de Chine est membre de Convention de Paris, de Berne et ainsi de l'accord d'ADPIC.

Nous allons tirer quelques réflexions (B) après une étude comparée succincte entre les systèmes américain et européen (A).

A. Aperçu général des systèmes américain et européen antimonopoles dans le domaine de la propriété intellectuelle

856. Aux Etats-Unis, l'attitude des autorités antitrust envers les droits de propriété intellectuelle est une évolution assez spectaculaire allant de l'hostilité à l'indulgence puis à la reconnaissance.

D'abord, au fil des deux premiers tiers du XX^e siècle, les exercices des droits de propriété intellectuelle furent considérés comme associés à un monopole et suspectés de conférer un pouvoir de marché, deux concepts, 'abus des droits de brevet' en 1917 et 'abus des droits d'auteur' en 1948 étant inventés¹⁰⁶⁹. Cette attitude hostile atteint son apogée en 1972 ; le DOJ publia une liste de neuf prohibitions *per se* concernant les exercices des droits de propriété intellectuelle, dénommées les «Nine No-Nos»¹⁰⁷⁰

Ensuite, à partir des années 1980, les autorités antitrust reconnurent peu à peu les effets pro concurrentiels de la propriété intellectuelle. En 1988, les « Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations » soulignaient à plusieurs reprises que la plupart des clauses restrictives dans les accords de transfert de technologies avaient un effet pro concurrentiel et que la règle de raison devait être appliquée dans l'analyse antitrust de ces accords¹⁰⁷¹. L'abandon de la politique rigide des «Nine No-Nos » fut définitif en date du 6 avril 1995 dans les « Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property »¹⁰⁷² qui indiquent que le droit de la propriété intellectuelle et le droit antimonopole partagent la même finalité qui est de promouvoir l'innovation et d'améliorer le bien-être des consommateurs¹⁰⁷³.

857. Depuis lors, trois principes basés sur cette attitude objective dominant le traitement de la propriété intellectuelle : le premier est que la propriété intellectuelle doit être considérée comme tout autre propriété par les autorités antitrust dans leurs analyses antitrust des exercices des droits de propriété intellectuelle ; le deuxième est que la propriété intellectuelle n'est plus présumée créer un pouvoir de marché dans le

¹⁰⁶⁹ ZHOU Yu, *Recherches sur le droit antimonopole*, Edition de la Science sociale de Chine, 2007. p.30.

¹⁰⁷⁰ Les « Nine No-Nos » comportent neuf pratiques considérées par le DOJ comme prohibition *per se* : la vente liée, la rétrocession imposée, la limitation de la revente des produits sur lesquels reposent les droits de propriété intellectuelle, la limitation de prix, la redevance aux produits non brevetés, le régime coercitif de licence groupées, la limitation de la production et la vente du preneur de la technologie concédée, etc.

¹⁰⁷¹ Jay Dratler Jr, *Licensing of intellectual property*, traduit par WANG Chunyan, édition de l'Université de Qinghua, 2003, p.584.

¹⁰⁷² A. Gavil, W. Kovacic, J. Baker préc., p.1111.

contexte antitrust ; et le troisième principe est que les autorités antitrust reconnaissent l'effet pro concurrentiel des licences de transfert de propriété intellectuelle puisqu'elles peuvent unifier les facteurs complémentaires de production de différentes entreprises.

858. Depuis 2002 jusqu'en 2007, le DOJ et FTC avaient organisé conjointement une série de consultation-audition dans le milieu des avocats, des entrepreneurs et des spécialistes universitaires afin de mieux comprendre les problèmes suscités par l'application du droit antitrust aux actes ayant trait à la licence des droits de propriété intellectuelle et de réexaminer les approches des autorités antitrust pour régler ces problèmes. Plusieurs centaines de contributions avaient été produites sous la forme d'auditions et de consultations écrites tout au long de ces cinq années. Un rapport intitulé « Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights : Promoting Innovation and Competition » sur la base de ces contributions confirme l'idée que le droit antitrust serait un révélateur de dérives néfastes à l'innovation, et que la doctrine antitrust doit être réformée à seule fin de renforcer l'innovation¹⁰⁷⁴.

859. De manière générale, les autorités antitrust des Etats-Unis ont adopté une analyse économique prépondérante, fondée sur un équilibre entre la notion de « market power » et celle d'« efficiency »¹⁰⁷⁵. Cette analyse économique est garantie par la détermination d'une « zone de sécurité » en deçà d'un seuil de marché fixé à 20%, avec une distinction entre marchés pertinents de produits et/ou de technologies. Mais l'essentiel réside dans le traitement des accords au-delà de ce seuil ; la règle de raison prévaut. Les Guidelines demandent de vérifier le degré d'efficacité économique, dans un bilan entre « anticompetitive and pro competitive effects » pour lequel est développée toute une panoplie d'exemples permettant de conforter la présomption d'efficacité. L'analyse économique effectuée par les autorités antitrust américaines suit trois étapes : d'abord, analyser et évaluer le marché concerné par les accords de licence des droits de propriété intellectuelle ; ensuite, analyser et évaluer la nature de la relation économique entre les parties à l'accord de licence pour déterminer si elles sont concurrentes ou non concurrentes ; enfin, analyser et évaluer la structure principale des clauses restrictives à la concurrence.

¹⁰⁷³ Paragraphe 1.0 des Guidelines for the Licensing of intellectual Property de 1995.

¹⁰⁷⁴ <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm>

¹⁰⁷⁵ E. Fox, L. Sullivan, R. Peritz, *US Antitrust in Global Context*, 2004, Thomson West, p.56.- A. Gavil, W. Kovacic, J. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, op.cit. p.22.

860. La Commission européenne a adopté en vingt ans, de 1984 à 2004, quatre règlements d'exemption par catégorie en matière de transfert de technologie.

Les premiers règlements d'exemption par catégorie en la matière datant des années 1980 étaient le règlement n° 2349/84 pour la licence de brevet et le règlement n° 556/89 pour la licence de savoir-faire. La coexistence de ces deux règlements étant problématique, la Commission a unifié le régime des licences de brevet et de savoir-faire en adoptant, en 1996, un nouveau règlement n° 240/96 qui a abrogé et remplacé les deux règlements précédents. Cependant, l'inadéquation du dispositif réglementaire du règlement n°240/96 à la pratique mena la Commission sur la voie de la réforme du règlement d'exemption par catégorie en matière de transfert de technologies qui aboutit au Règlement n°2790/99 concernant l'application de l'article 81,§3 du Traité CE aux accords verticaux, avec une nouvelle approche moins interventionniste de la part de la Commission, d'accorder plus de liberté contractuelle aux opérateurs économiques, et finit par *«la naissance d'une nouvelle génération de règlements d'exemption par catégorie où la Commission adopte une approche plus économique et pragmatique et abandonne l'approche légaliste et formaliste qui caractérisait les règlements d'exemption précédente.»*¹⁰⁷⁶ Parmi ces nouveaux règlements d'exemption par catégorie¹⁰⁷⁷ figure le «Règlement n° 772/2004/CE de la Commission concernant l'application de l'article 81,§3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie » du 7 avril 2004.

Les analyses antitrust de la Commission européenne sur les exercices des droits de propriété intellectuelle se sont affinées au fur et à mesure, et *«la pluralité de règlements démontre les tâtonnements de la Commission en la matière et sa difficulté à trouver un compromis entre les impératifs de protection de la concurrence et la nécessité de favoriser l'innovation dans le marché communautaire.»*¹⁰⁷⁸

861. La Commission européenne a adopté quatre principes et méthodes dans ses analyses antitrust:

Premièrement, la propriété intellectuelle n'est pas présumée conférer un pouvoir de marché, mais produire des effets pro concurrentiels. Le règlement n°772/2004/CE se propose de traiter favorablement les accords de transfert de technologie tels que les

¹⁰⁷⁶ Nadia EL BAROUDI-KOSTRIKIS, *L'application du droit communautaire des ententes aux accords de transfert de technologie*, in Propriété industrielle n°11, nov.2008, étude 26. p.7.

¹⁰⁷⁷ On y trouvera aussi le règlement n°772/2004/CE, et d'autres règlements d'exemption par catégorie : en matière d'accords de spécialisation, de recherche et de développement et d'accords verticaux.

¹⁰⁷⁸ Nadia El BAROUDI-KOSTRIKIS, *op.cit.* p.2.

licences de brevet, de savoir-faire, de droits d'auteur sur logiciel exclusivement, voire la cession de tout droit de propriété intellectuelle. A l'instar des expériences des Etats-Unis, la Commission a adopté, elle aussi, une analyse économique ancrée dans un équilibre entre la notion de « pouvoir de marché » et celle d' « efficience »¹⁰⁷⁹.

Deuxièmement, les facteurs tant qualitatifs que quantitatifs doivent être pris en compte par la Commission lors de son analyse antitrust des accords de transfert de technologie. Les facteurs qualitatifs portent sur l'identification de clause noire. Les parties perdent le bénéfice de l'exemption dès lors qu'une clause noire figure dans leur contrat de licence. L'article 4 vise les clauses les plus dangereuses, dites restrictions caractérisées¹⁰⁸⁰. Quant aux facteurs quantitatifs, il s'agit de la dualité des seuils pour calculer la part de marché des parties à l'accord de transfert de technologie. A la différence des règles américaines qui ne prévoient qu'un seul seuil de part de marché de 20% pour les accords entre concurrents, la Commission européenne en prévoit deux : lorsque les entreprises parties prenantes de l'accord sont des entreprises concurrentes, l'exemption par catégorie s'applique à condition que la part de marché cumulée détenue par les parties sur les marchés de technologies et le marché de produits en cause affectés ne soit pas supérieure à 20%. Dans les cas des entreprises non concurrentes, l'exemption s'applique dès lors que la part de chaque participant à l'accord n'est pas supérieure à 30%. Car la Commission considère que les accords conclus entre concurrents peuvent être plus restrictifs de concurrence que les accords entre non-concurrents.

Le recours au critère de part de marché permet à la Commission d'instaurer une présomption de conformité des accords aux règles du droit communautaire des ententes lorsque les parties se situent en dessous des seuils de part de marché prévus par le règlement n°772/2004. Comme l'ont remarqué les Professeurs Galloux et Azéma « *cette présomption constitue le principe cardinal de la politique d'exemption par catégorie mise en place par la Commission.* »¹⁰⁸¹

Troisièmement, la définition du marché en cause devient plus spécifique pour l'application du règlement d'exemption par catégorie en matière de transfert de

¹⁰⁷⁹ Considérant 5, 6 du règlement n°772/2004/CE.

¹⁰⁸⁰ Parmi les restrictions caractérisées, figurent la restriction de la capacité de déterminer les prix de ventes à des tiers, la limitation de la production, la répartition des marchés ou des clients, la restriction de la capacité du preneur d'exploiter sa propre technologie ou la restriction de la capacité d'effectuer de la recherche-développement, etc.

¹⁰⁸¹ Jacques Azéma et Jean Christophe Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz., Coll. Précis, 6^e éd. 2006, p.350, n°575.

technologie à cause de l'apparition d'une nouvelle notion, celle du marché de technologies¹⁰⁸². Sur le marché des technologies, et contrairement au droit américain, seule la concurrence réelle est prise en compte par la Commission, car les parts de marché des technologies sont calculées suivant deux approches. L'une, plutôt théorique, est basée sur la part de chaque technologie dans les redevances totales, qui représente la part d'une technologie sur un marché où différentes technologies concurrentes sont concédées sous licence. L'autre est celle utilisée à l'article 3, §3 du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie ; elle consiste à calculer les parts détenues sur le marché de technologies sur la base des ventes de produits comportant la technologie concédée sur les marchés de produits situés en aval¹⁰⁸³.

Quatrièmement, la qualification de la relation concurrentielle doit être faite avec le plus grand soin dans la mesure où elle constitue une ligne de partage dans le traitement des restrictions de concurrence. Car les restrictions entre concurrents seront plus rigoureusement traitées pour obtenir le bénéfice de l'exemption.¹⁰⁸⁴

B. Quelques réflexions après l'étude comparée

862. Droit antitrust des Etats-Unis et droit de la concurrence de l'Union européenne représentent le sommet actuel du développement en la matière. Leur traitement des droits de propriété intellectuelle constitue la tendance générale d'opinion sur le rôle du droit de la concurrence dans les droits de propriété intellectuelle et la position du droit de la propriété intellectuelle dans le système juridique de marché. Nous tirons de l'étude comparée succincte de ces deux grands régimes transatlantiques quelques réflexions.

1. Double protection des droits de propriété intellectuelle et rôle du droit de la concurrence vis-à-vis des droits exclusifs de propriété intellectuelle

863. La globalisation économique a pris une telle dimension que l'économie de connaissance est estimée comme le symbole de la puissance d'un pays. Or, le

¹⁰⁸² L'article 1 (1) j) i) du règlement n°772/2004.

¹⁰⁸³ Les lignes directrices relatives à l'application du Règlement n°772/2004, points 21-25.

¹⁰⁸⁴ Les entreprises concurrentes sur le marché de technologies sont des entreprises qui concèdent sous licence des technologies concurrentes, c'est-à-dire des technologies interchangeable sans enfreindre leurs droits respectifs de propriété intellectuelle. Sur un marché de produits, les concurrents sont des entreprises qui, en l'absence d'accord de transfert de technologie, vendent des produits sans empiéter sur les droits de propriété intellectuelle de l'autre. La situation de concurrents potentiels est caractérisée par le fait que l'une des parties aurait dû sans cet accord engager des investissements importants pour pénétrer ledit marché. Des parties peuvent devenir des concurrentes après la conclusion de l'accord de licence, parce que le preneur a eu l'opportunité de développer une technologie concurrente.

développement de l'économie de connaissance dépend de celui du droit de propriété intellectuelle. Dans ce contexte, l'importance attachée au droit de propriété intellectuelle ne permet à aucune branche juridique d'entrer en conflit avec celui-ci. La branche juridique la plus afférente, c'est-à-dire le droit de la concurrence, n'est qu'un instrument de protection au regard des droits exclusifs de propriété intellectuelle. En d'autres termes, les droits exclusifs issus de la propriété intellectuelle jouissent d'une double protection à la fois de la part du droit de propriété intellectuelle et du droit de la concurrence.

Le droit de propriété intellectuelle met à la disposition des droits exclusifs une protection législative directe en interdisant tous les sabotages. *L'exclusivité des droits de propriété intellectuelle se mesure à l'efficacité des actions et sanctions qui permettent de le défendre, à savoir l'action anticontrafaçon*¹⁰⁸⁵.

864. Le droit de la concurrence, quant à lui, offre aux droits exclusifs de propriété intellectuelle une protection indirecte sous deux aspects. D'une part, il s'abstient de sanctionner l'exercice normal des droits de propriété intellectuelle, il n'intervient pas dans l'exploitation des droits exclusifs. D'autre part, il « *sanctionne les titulaires de droits de propriété intellectuelle qui n'exploitent pas normalement leur droit exclusif et qui provoquent ainsi une restriction de la concurrence. Les interdictions résultant du droit des abus de position dominante ou du droit des ententes sanctionnent l'utilisation indue du monopole d'exploitation et ne limitent donc pas le droit exclusif. Par conséquent, l'application du droit de la concurrence ne se révèle pas nocive pour les droits de propriété intellectuelle* »¹⁰⁸⁶, mais plutôt avantageuse pour eux, puisqu'elle les protège et les préserve.

« *Le fait que le droit de la concurrence joue un rôle de contrôleur sur les abus des droits de propriété intellectuelle est à la fois une manifestation, un processus et un résultat de la réconciliation de ces deux grands systèmes juridiques* »¹⁰⁸⁷. Cette réconciliation a pour but à la fois de préserver le jeu de la concurrence sur le marché et d'assurer l'application efficace des règles de propriété intellectuelle et la réalisation de la fonction innée du droit de la propriété intellectuelle.

2. Tâtonnement admirable de l'Union européenne à l'instar des expériences américaines

¹⁰⁸⁵ Jean-Christophe GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 2^e édition, Dalloz, 2003. p.40.

¹⁰⁸⁶ Camille MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, LexisNexis Litec, 2009, p.85.

¹⁰⁸⁷ WANG Xianlin, *Propriété intellectuelle et le droit antimonopole : Etude sur la question antimonopole dans l'abus des droits de propriété intellectuelle*, édition du Droit, 2001. p.99.

865. Le régime européen de l'application du droit de la concurrence dans les droits de propriété intellectuelle est fortement inspiré par la réglementation et la jurisprudence américaine en la matière. Les différences existant entre ces deux régimes ne sont pas aussi grandes qu'elles le sont en apparence. *«Entre les Etats-Unis et l'Europe, les réelles différences résident dans les voies et moyens de réaliser cet équilibre entre les règles de propriété intellectuelle et les règles de concurrence.»*¹⁰⁸⁸ Or, aux yeux de juristes chinois, ce sont ces différences que met en évidence le tâtonnement admirable de l'Union européenne dont le mimétisme des expériences américaines constitue une source inépuisable d'inspiration.

En premier lieu, en rejetant l'approche légaliste et formaliste qui caractérisait les règlements d'exemption par catégorie précédents du règlement n°772/2004/CE, la Commission européenne a adopté l'approche américaine, économique et pragmatique. Précisément, le règlement n°772/2004/CE repose sur deux notions fondamentales : celle de restrictions interdites et celle de pouvoir de marché. Tout accord se trouvant dans la zone de sécurité (safe harbor) et ne comportant aucune restriction interdite bénéficie de l'exemption par catégorie. De même, *« la Commission abandonne l'évaluation contractuelle de la restriction réelle ou potentielle de concurrence pour s'attacher à son évaluation économique en prenant en compte la puissance des parties sur le marché en cause et la relation de concurrence ou de non-concurrence des parties au contrat. Le pouvoir de marché des entreprises concernées et l'existence de produits ou de technologies de substitution sont dorénavant les facteurs permettant d'évaluer si les effets pro concurrentiels d'un accord de transfert de technologie l'emportent sur ces effets anticoncurrentiels. Cette approche fortement inspirée par la réglementation américaine en la matière permet ainsi de faciliter le transfert technologique dans un contexte de globalisation économique.»*¹⁰⁸⁹

En deuxième lieu, bien qu'inspirée par le droit antitrust américain, la Commission européenne n'effectue pas un mimétisme pur ; en revanche, elle a développé sa propre notion dans le domaine du droit de la concurrence et sa propre culture de concurrence. À titre d'illustration, il existe encore dans le règlement n°772/2004/CE des listes noires (art.4) et rouges (art.5) ; cela a suscité des critiques de son approche

¹⁰⁸⁸ Catherine PRIETO, *La politique européenne de concurrence relative aux transferts de technologie dans une perspective transatlantique*, Europe n°1, janvier 2005, Etude 1, LexisNexis SA. p.3.
<http://www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery>

encore trop formaliste¹⁰⁹⁰. Pourtant, cette critique ne saurait se justifier car la Commission européenne préserve et respecte la tradition continentale de droit civil qui est très attachée à la sécurité juridique des opérateurs économiques. Comme autre exemple, dans l'article 4 intitulé «Restrictions caractérisée» du même règlement, on constate que les dérogations sont nombreuses et complexes mais, cependant, une certaine souplesse adoucit la rigidité de la liste noire.

*« La Commission est également critiquée pour sa double exigence de concurrence : entre les technologies et au sein d'une même technologie. La concurrence intertechnologique est celle qui existe entre des entreprises utilisant des technologies concurrentes, tandis que la concurrence intratechnologique existe entre les entreprises utilisant la même technologie. La Commission reconnaît que les risques les plus grands résident dans les accords entre concurrents. Mais elle considère que la concurrence intratechnologique entre preneurs est un complément appréciable, au même titre que la concurrence intramarque est un complément de la concurrence intermarque dans le domaine de la distribution. »*¹⁰⁹¹

L'insécurité juridique de l'opérateur économique dans le règlement n°772/2004/CE fait aussi l'objet de critiques. Cependant, la détermination des marchés pertinents étant aléatoire tout particulièrement dans les nouvelles technologies, le calcul des seuils étant délicat pour n'importe qui et les parts de marché évoluant toujours, tout cela rend impossible une sécurité juridique absolue. D'ailleurs, la Commission européenne ne cesse d'éclairer les opérateurs économiques par des lignes directrices qui constituent la pierre angulaire de toute compréhension du nouveau droit communautaire de la concurrence en matière d'accords de transfert technologique.

En troisième lieu, face au droit antitrust américain, la Commission européenne fait preuve d'un esprit d'ouverture et d'apprentissage. Par exemple, la DG Concurrence fait valoir tout son processus de modernisation du droit de la concurrence. *« Chacune de ces étapes mérite une mise en perspective des débats et confrontations transatlantiques, puisque ceux-ci nourrissent les réflexions sur l'évolution de la politique européenne de concurrence. »*¹⁰⁹² Le règlement

¹⁰⁸⁹ Nadia EL BAROUDI-KOSTRIKIS, *op.cit.*

¹⁰⁹⁰ R. Gilbert, *Converging Doctrines ? US and EU antitrust Policy for the Licensing of Intellectual Property*, Berkeley, (2004), <http://repositories.cdlib.org/iber/cpc/CPC04-044>.

¹⁰⁹¹ Catherine PRIETO, *op.cit.* p.5.

¹⁰⁹² *Ibid.*

n°772/2004/CE du 27 avril 2004 en est une forte illustration. La DG Concurrence a invité à participer à la consultation préparatoire l'*American Bar Association*, l'*American Intellectual Property Law Association* et l'*American Chamber of Commerce* qui portaient effectivement un grand intérêt aux contrats de licences transatlantiques et souhaitaient partager leur longue expérience dans la pratique du droit US antitrust¹⁰⁹³. Plusieurs centaines de contributions ont été produites sous la forme de consultation écrite. D'importants efforts sont ainsi déployés pour décentraliser le pouvoir de la Commission européenne, pour donner aux opérateurs économiques une bonne lisibilité de leur marge d'action, pour faire naître une gamme de règlements modernisés en matière du droit de la concurrence et finalement, pour rendre le droit européen de la concurrence à la hauteur de son siècle en marchant de pair avec le droit antitrust des Etats-Unis et pour servir d'exemples pour d'autres pays de la planète, particulièrement pour la Chine.

866. Nous sommes donc invités à examiner le régime chinois du droit de la concurrence dans les droits de propriété intellectuelle pour mieux comprendre que c'est davantage du système européen de la concurrence que la Chine s'est inspirée que du système américain.

§2. Le régime chinois du contrôle des abus des droits de propriété intellectuelle

867. Le droit chinois sur la propriété intellectuelle est encore très jeune, moins de trente ans. L'établissement du système juridique de propriété intellectuelle en Chine a pris une dizaine d'années entre 1978, année de déclenchement de la réforme économique initialisée par la politique d'ouverture, et 1991 : la Loi sur les marques, adoptée le 23 août 1982, est entrée en vigueur le 1^{er} mars 1983 et a connu deux grandes modifications en 1992 et en 2001¹⁰⁹⁴; la Loi sur les brevets adoptée le 12 mars 1984 et entrée en vigueur le 1^{er} avril 1985, a été modifiée trois fois¹⁰⁹⁵ et la Loi

¹⁰⁹³ http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/technology_transfer_2.

¹⁰⁹⁴ La première modification de la loi sur les marques de 1982 a eu lieu le 22 février 1992 par la «Décision relative à la modification de la Loi sur les marques» de la 30^e réunion de la 7^e session du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale (APN), la deuxième au 27 octobre 2001 par la «Décision relative à la modification de la Loi sur les marques» de la 24^e réunion de la 9^e session du Comité permanent de l'APN.

¹⁰⁹⁵ La première modification de la loi sur les brevets de 1984 a eu lieu le 4 septembre 1992 par la «Décision relative à la modification de la Loi de la République populaire de Chine sur les brevets» de la 27^e réunion de la 7^e session du Comité permanent de l'APN, la deuxième au 25 août 2000 par la «Décision relative à la modification de la Loi sur les brevets» de la 17^e réunion de la 9^e session du Comité permanent de l'APN, et la troisième au 27 décembre 2008 dans la 6^e réunion de 11^e session du Comité permanent de l'APN.

sur les auteurs adoptée le 7 septembre 1990, entrée en vigueur le 1^{er} juin 1991, a été modifiée le 27 octobre 2001 et le 26 février 2010.

868. La relation entre le jeune droit chinois de propriété intellectuelle et le droit chinois de la concurrence nouveau-né, c'est-à-dire la Loi antimonopole de 2007, n'a attiré l'attention du législateur qu'à partir du 1^{er} août 2008, jour d'entrée en vigueur de la Loi antimonopole. Cependant, l'abus des droits de propriété intellectuelle n'est pas un phénomène nouveau et négligeable. Avant l'adoption de la Loi antimonopole, l'Etat chinois disposait d'un régime juridique de contrôle des abus des droits de propriété intellectuelle dont les sources font l'objet de notre étude première suivante (I). Nous aborderons ensuite la question de l'application de la loi chinoise antimonopole de 2007 aux abus des droits de propriété intellectuelle (II).

I. Sources du régime chinois de contrôle des abus des droits de propriété intellectuelle

869. Outre la jeunesse du droit chinois sur la propriété intellectuelle, ses autres caractéristiques constituent des facteurs générateurs de la spécificité du régime de contrôle des abus des droits de biens incorporels en Chine (A), cette spécificité se traduisant par des sources diverses, des règles de contrôle éparses tant dans le droit civil que dans le droit des affaires, et enfin, des règles de concurrence (B).

A. Caractéristiques principales du droit chinois de la propriété intellectuelle

1. La vitesse fabuleuse instituant le système juridique de propriété intellectuelle

870. En moins de trente ans, l'Etat chinois a finalisé un système juridique assez complet de propriété intellectuelle auquel les pays industrialisés ont consacré près de quatre siècles à partir de l'apparition de la première forme moderne de propriété intellectuelle, celle du *Statute of Monopolies* de 1624 en Angleterre¹⁰⁹⁶. Le système juridique chinois est composé de sources internes et internationales.

871. A la différence du système français où la plus grande partie des textes de droit interne relatifs à la propriété intellectuelle ont été codifiés dans le Code de la

¹⁰⁹⁶ « La propriété intellectuelle est née, sous la forme qu'on lui connaît aujourd'hui, avec la révolution industrielle et l'avènement du libéralisme. Il n'est donc pas surprenant que le mouvement qui a vu éclore la propriété intellectuelle sous sa forme moderne soit apparu dans les pays qui ont inventé l'économie capitaliste, en rupture avec les économies administrées et corporatistes : l'Angleterre, avec le *Statute of Monopolies* de 1624 pour la propriété industrielle et le *Copyright Act* de 1710 pour le droit d'auteur, et celles des tout jeunes Etats-Unis d'Amérique en 1787, qui en ont même inscrit le principe dans leur Constitution. La révolution bourgeoise et libérale introduira en France ces nouveaux instruments juridiques par les textes du 7 janvier 1791. » v. Jean-Christophe GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 2^e édition Dalloz, 2003. p.15, pt.29.

propriété intellectuelle, excepté ceux sur les appellations d'origine, le nom commercial et l'enseigne, le système juridique de la propriété intellectuelle en Chine se traduit par les textes de trois niveaux différents : législatifs, administratifs et d'interprétation judiciaire.

Les textes législatifs comprennent trois lois respectivement sur les marques (en 1982), les brevets (en 1984) et les droits d'auteur (en 1990).

Les textes administratifs adoptés par le CAE sont nombreux : le «Règlement de l'application de la loi sur les marques», le «Règlement de l'application de la loi sur les droits d'auteurs» (en 1991), les «Lignes directrices d'application de la loi sur les brevets», le «Règlement sur la protection douanière de la propriété intellectuelle»(en 1995), le «Règlement pour la protection des droits des logiciels d'ordinateur» (en 2001), le «Règlement pour la protection des schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés», le «Règlement pour la protection des obtentions végétales », le «Règlement sur la reconnaissance et la protection des marques de renom» (en 1996), les «Procédés administratifs sur les marques collectives et l'attestation d'enregistrement d'une marque» et les «Procédés sur la licence forcée dans la mise en œuvre d'un brevet» (en 1998), etc.

Les textes d'interprétation judiciaire de la Cour suprême populaire de Chine couvrent d'importants aspects de l'action tant civile que pénale en matière de propriété intellectuelle, tels que la juridiction, l'application de la loi, les mesures préservatrices et la préservation des preuves, etc. Quelques interprétations judiciaires de la Cour suprême populaire concernent même de nouveaux droits qui n'ont pas été légiférés en Chine, tel que, par exemple, « Application de la loi dans les affaires civiles concernant le nom d'un domaine ou les droits d'auteurs sur Internet ».

872. Quant aux sources internationales, l'Etat chinois se voit, avec la politique de réforme et d'ouverture, contraint de s'intégrer à la communauté mondiale. En l'occurrence, la Chine est devenue, depuis 1978, membre de presque toutes les conventions internationales importantes relatives à la propriété intellectuelle sans toujours bien comprendre le contenu de ces traités.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹⁷ Chronologiquement, la Chine est devenue membre des traités suivants, l'énumération n'étant pas exhaustive : de la Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle en 1980 ; de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle en 1985 ; de l'Arrangement de Madrid pour l'enregistrement de la protection des marques en 1989 ; de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques et de la Convention universelle sur les droits d'auteur à Paris en 1992 ; de la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes en 1993 ; du Traité de coopération en matière de protection des brevets/ PCT en 1994 ; de

873. La charpente de l'édifice grandiose qu'est le système juridique de propriété intellectuelle a donc été construite à une vitesse record en Chine où font défaut culturellement et traditionnellement la conscience et le concept de droits de propriété¹⁰⁹⁸, et encore plus ceux de la propriété intellectuelle. Le corollaire de cette vitesse est la digestion difficile de la législation et de l'application de la loi en l'espèce, génératrice de déséquilibre entre protection des droits de propriété intellectuelle et incitation à l'innovation et à la recherche technologique.

2. Le paradoxe d'un haut niveau de protection associé à un développement considérable des contrefaçons

874. On sait que les droits de propriété intellectuelle sont nés de « l'existence d'une recherche scientifique, débouchant sur une recherche appliquée, le tout dans le cadre d'un système assez libéral et individualiste pour laisser place à de l'initiative personnelle. »¹⁰⁹⁹ La prolifération de la propriété intellectuelle exige une protection et un encouragement de l'Etat sous forme de législation. Ainsi donc, le droit de propriété intellectuelle a deux finalités, celle de protéger le droit exclusif et le monopole qu'il confère, et celle d'inciter les individus à l'innovation et à la recherche technologique.

875. Dans un pays importateur de technologies comme la Chine, dont le système n'est pas assez libéral et individualiste, et qui n'a pas la culture des droits de propriété intellectuelle, au milieu du monde de l'économie de la connaissance formé par des pays très industrialisés, exportateurs de technologies comme les Etats-Unis d'Amérique et les pays d'Europe de l'Ouest, la construction achevée de manière assez complète et rapide du système juridique de propriété intellectuelle a eu pour principal effet d'offrir une protection de haut niveau aux technologies importées des pays industrialisées¹¹⁰⁰, et non d'inciter ses propres citoyens à l'innovation et à la recherche technique sur son territoire. Ceci est à l'origine de deux phénomènes :

l'Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins d'enregistrement des marques en 1994 ; du Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de procédure en matière de brevets en 1995; de l'Arrangement de Locarno instituant une classification internationale pour les dessins et modèles industriels en 1996 ; de l'Arrangement de Strasbourg concernant la classification internationale des brevets en 1997; de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales à Paris en 1999 ; de l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC) en 2001.

¹⁰⁹⁸ Jusqu'en 2005, la Chine a vu sa première loi pour la protection des droits de la propriété corporelle.

¹⁰⁹⁹ Jean-Christophe GALLOUX, *op.cit.* p.16. pt. 29.

¹¹⁰⁰ La quantité de dépôts de brevets en 2009 a atteint 970.000 dont 50,9% sont les dépôts chinois, c'est la première fois que la quantité de dépôts de brevets chinois a dépassé celle de dépôts de brevets étrangers pendant 28 ans. La statistique est venue de « *La Chine s'efforce de protéger la propriété intellectuelle dans l'Exposition*

876. Le premier est que parmi les deux approches de l'application du droit de propriété intellectuelle, judiciaire et administrative, c'est l'application administrative qui l'emporte. Le pouvoir et la compétence des autorités sur les marques, les brevets et les droits d'auteurs sont omniprésents. A titre d'exemple, huit organismes administratifs ont coopéré pour le bon déroulement de l'Exposition universelle de Shanghai en publiant conjointement une «Circulaire relative à la mise en œuvre de la protection particulière de la propriété intellectuelle dans l'Exposition universelle de Shanghai»¹¹⁰¹. Car dans l'esprit du législateur chinois, trois raisonnements dominant les travaux législatifs : d'abord, la Chine a peu d'innovations à protéger par rapport à celles importées de l'étranger ; le peuple chinois n'a, de fait, pas l'habitude d'aller devant le tribunal pour défendre ses droits de propriété, qu'ils soient corporels ou incorporels ; de plus, le pouvoir administratif qui est traditionnellement le plus puissant, sera plus efficace pour la protection des droits de propriété intellectuelle. Cependant, tant que l'initiative d'innovation d'une nation n'est pas mobilisée, que la conscience juridique d'un peuple n'est pas éveillée et que la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire n'est pas achevée, on pourrait s'interroger : de quels moyens les autorités compétentes en propriété intellectuelle disposent-elles pour protéger efficacement les droits des biens incorporels étrangers ou domiciliaires ? Cette question est à la source du second phénomène.

877. Ce deuxième phénomène est le développement affreusement répandu en Chine de la contrefaçon en contradiction avec le haut niveau de protection de la propriété intellectuelle. Planter en trente ans en Chine un système juridique de propriété intellectuelle construit en près de quatre cents ans par les pays industrialisés met inévitablement l'accent sur la protection de la propriété intellectuelle importée de l'étranger au détriment de la protection et de l'incitation à l'innovation de ses citoyens. L'absence de système d'incitation à l'innovation associée à la politique d'enrichissement d'une partie du peuple et à la théorie du chat blanc et noir de DENG

mondiale de Shanghai – la promotion générale de la stratégie de propriété intellectuelle », in Quotidien du Peuple (People's Daily overseas edition), le 30 avril 2010.

¹¹⁰¹ La Circulaire a été publiée le 20 janvier 2010 par huit organismes d'Etat qui sont : le Bureau national de propriété intellectuelle, le Ministère de Sécurité publique, l'Administration générale de Douane, l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce, le Bureau national de Droits d'Auteur, le Parquet suprême populaire, l'Association de promotion du commerce, et le Bureau de presse du Conseil d'Affaires d'Etat. Même si l'approche judiciaire a été mentionnée pour la protection de la propriété intellectuelle dans l'Exhibition, elle ne joue pas un rôle aussi important que l'approche administrative. V. aussi «*La Chine s'efforce de protéger la propriété intellectuelle dans l'Exposition mondiale de Shanghai–La promotion générale de la stratégie de propriété intellectuelle* », in Quotidien du Peuple (People's Daily overseas edition), le 30 avril 2010.

Xiaoping¹¹⁰², qui soutient que la recherche de gains matériels est non seulement le but final de la vie, mais aussi une preuve de la capacité de l'homme qui a réussi à s'enrichir, encourage le mimétisme aux dépens de l'innovation. Dans le même temps, les autorités compétentes en matière de propriété intellectuelle voient leurs limites face au développement, sans précédant dans l'histoire, du mimétisme et de la contrefaçon, malgré leur bonne volonté et les efforts déployés pour protéger la propriété intellectuelle des étrangers. En l'occurrence, la réalité est que non seulement les droits de propriété intellectuelle des étrangers, mais aussi des chinois, sont lésés, et qu'aucune nouvelle entreprise chinoise d'une marque nouvelle ou avec un nouveau brevet ne peut survivre plus de trois ans en Chine¹¹⁰³.

878. Au delà de ce que l'Etat chinois escomptait tirer des technologies existantes des pays industrialisés, cette contradiction entre un haut niveau de protection de la propriété intellectuelle et le phénomène de contrefaçon répandue témoigne d'une mauvaise assimilation, inévitable dans un contexte où la Chine, par sa politique de développement et de réforme économique, a aligné son système naissant sur le système chevronné des occidentaux. En dépit de son échec en matière d'incitation à l'innovation, l'Etat chinois n'a jamais abandonné cet objectif de la politique d'investissement basée sur la réforme et l'ouverture, afin d'encourager l'innovation domiciliaire pour établir l'économie de connaissance¹¹⁰⁴. Ceci se traduit d'abord par des règles éparées dans différentes branches du droit pour contrôler l'abus des droits de propriété intellectuelle, puis, par l'application de la Loi antimonopole.

B. Les règles restrictives aux droits de propriété intellectuelle

879. Avant que la Loi antimonopole soit promulguée en 2007, les règles restrictives aux droits de propriété intellectuelle étaient classées en deux catégories : celle des règles restrictives à l'exercice des droits de propriété intellectuelle au sein du système juridique de la propriété intellectuelle, et celle des règles de contrôle de l'abus des droits de propriété intellectuelle, éparées dans différentes lois des affaires.

1. Règles restrictives au sein du droit de propriété intellectuelle

¹¹⁰² *Supra.* n° 26, 61 et 103.

¹¹⁰³ ZHENG Chengsi, *Comment positionner la situation chinoise de protection de la propriété intellectuelle*, le 16 avril 2008. <http://www.lunwenda.com/faxeu200804/33020>.

¹¹⁰⁴ La Stratégie de propriété intellectuelle de Chine publiée le 5 juin 2008 par le Conseil d'Affaires d'Etat.

880. La restriction de l'exercice des droits de propriété intellectuelle figure dans quatre groupes de règles au sein du droit de propriété intellectuelle :

881. Le premier groupe concerne l'exemption d'infraction. En vertu de la disposition de l'article 69 (l'ancien article 63) de la loi sur les brevets de 1984, modifiée en 2008, ne sont pas considérées comme une infraction aux droits sur les brevets :

- l'utilisation, la commercialisation et l'importation des produits couverts par le brevet après que ces produits ont été mis dans le commerce en Chine par le propriétaire du brevet ou avec son consentement exprès ;
- la possession, antérieure à la date de dépôt du brevet, de l'invention objet de ce brevet par une tierce personne, qui n'a le droit d'exploiter l'invention que dans l'ancien cadre malgré l'existence du brevet ;
- l'utilisation du brevet concerné dans l'équipement d'un véhicule de transport étranger lorsqu'il traverse le territoire chinois (terre, mer et espace aérien) en conformité avec l'accord signé entre le pays auquel il appartient et la Chine ou avec le traité international auquel les deux pays adhèrent; ou avec le principe de réciprocité ;
- l'utilisation du brevet à des fins de recherche et d'expérimentation scientifiques ; ou
- la fabrication, l'utilisation et l'importation de médicaments, d'instruments ou d'équipements pharmaceutiques brevetés aux fins de fournir à l'autorité compétente les informations nécessaires à l'autorisation d'exploitation.

Le premier cas concerne l'épuisement du droit qui implique que le breveté ne se prévaut plus de son droit privatif du brevet lorsque le produit protégé a été mis sur le marché par lui ou avec son consentement. Le deuxième cas porte sur le droit de possession personnelle antérieure qui permet à son titulaire d'échapper à l'action en contrefaçon. Pour que le droit de possession personnelle antérieure ait pour effet de limiter le monopole du breveté, il doit répondre à trois conditions : constituer une véritable possession, être capable d'établir l'identité de l'objet de la possession avec celui de l'invention et de fournir l'ancienne condition d'exploitation.

882. Le deuxième groupe porte sur les licences obligatoires ou forcées. Il concerne deux situations: les licences forcées à caractère administratif en raison du fait qu'elles sont imposées au breveté à la suite d'une intervention des autorités compétentes administratives selon la loi des brevets, et les licences d'office dans le domaine des

droits d'auteur. A la différence du Code français de la propriété intellectuelle, il n'existe pas de licences imposées à caractère judiciaire en Chine.

En vertu des dispositions du chapitre 6 intitulé «Licences obligatoires du brevet » de la Loi sur les brevets de 2008, des licences peuvent être rendues obligatoires dans les situations suivantes :

- en cas d'état d'urgence ou de circonstance d'exception, les autorités étatiques peuvent soumettre un brevet au régime de la licence obligatoire dans l'intérêt public (art.49);
- dans l'intérêt de la santé publique, les autorités étatiques peuvent ordonner une licence de fabrication pour des médicaments brevetés ou une licence d'exportation de médicaments brevetés aux pays ou régions membres d'un traité international auquel la Chine participe (art.50);
- dans le cas où un brevet porte sur l'amélioration ou le perfectionnement d'une invention précédente appartenant à un tiers, et où sa mise en œuvre dépend de la mise en œuvre de ce brevet antérieur, les autorités peuvent accorder une licence obligatoire du brevet antérieur au titulaire du brevet d'amélioration, à sa demande (art.51) ;
- dans l'intérêt du développement économique, les autorités peuvent par arrêté, soumettre un brevet au régime de licence forcée dans les deux cas suivants : premièrement, en l'absence d'exploitation ou en raison d'une exploitation insuffisante en qualité ou en quantité sans justification objective dans un délai de trois ans à compter du jour de dépôt du brevet ; deuxièmement, si l'exercice des droits du brevet du titulaire est considéré comme un acte de monopole au regard du droit de la concurrence, pour éliminer ou réduire l'effet anticoncurrentiel de cet acte monopole (art.48). Cette deuxième situation est ajoutée dans la modification de la Loi antimonopoles.

Quant à la licence d'office dans le domaine des droits d'auteur, la Loi sur les droits d'auteur de 1990, modifiée le 26 février 2010, prévoit quatre situations:

- dans le cadre de la mise en œuvre de l'enseignement obligatoire de neuf ans et du plan national d'éducation, aux fins de la rédaction des manuels, une licence d'office sera accordée pour l'utilisation des œuvres littéraires ou artistiques publiées (art.23) ;
- la republication et la réédition d'œuvres littéraires ou artistiques publiées par la presse (art.33) ;

- l'utilisation de phonogrammes produits et publiés licitement par autrui, aux fins de la production de ses propres phonogrammes (art.40) ;

- la radiodiffusion ou la transmission par fil au public d'œuvres littéraires ou artistiques publiées d'un auteur ou de phonogrammes publiés d'un producteur (art.43, 44).

883. Le troisième groupe de règles restrictives aux droits de propriété intellectuelle concerne la libre utilisation dans certains cas ayant trait aux droits d'auteur :

- de citations tirées d'une œuvre déjà rendue licitement accessible au public ;

- d'illustration pour l'enseignement, l'utilisation personnelle pour le plaisir, l'étude et la recherche ;

- la reproduction par la presse, ou la radiodiffusion ou la transmission par fil au public, d'articles d'actualité de discussion économique, politique ou religieuse, publiés dans des journaux ou recueils périodiques, ou des œuvres radiodiffusées ayant le même caractère, dans les cas où la reproduction, la radiodiffusion ou ladite transmission n'en est pas expressément réservée ;

- la traduction dans la langue officielle, le Mandarin, d'œuvres littéraires déjà rendues licitement accessibles au public dans la langue des ethnies minoritaires. (art.22 de la loi de droits d'auteur)

2. Règles de contrôle de l'abus des droits de propriété intellectuelle

884. Les règles régissant les actes anticoncurrentiels d'abus des droits de propriété intellectuelle sont dispersées dans plusieurs lois, telles que la loi sur les entreprises à capitaux mixtes sino-étrangers, la loi sur les contrats, la loi sur le commerce étranger, la loi contre la concurrence déloyale, etc.

885. Les premiers textes en l'espèce datent du début de 1980. L'article 46 du Règlement relatif à l'application de la Loi de la Loi concernant les entreprises à capitaux mixtes sino-étrangers de 1979¹¹⁰⁵ prévoit que les accords de transfert de technologies ne contiennent pas de clauses restrictives à la concurrence et que la présence d'une clause interdite par la loi rend nul l'accord dans son entier. Selon les dispositions de cet article, les clauses illicites incluent les cas suivants :

- la redevance payée par la partie important la technologie dépasse

irrationnellement le prix au niveau mondial ;

- le donneur limite la capacité du preneur à déterminer les prix, la production et le territoire de vente des produits fabriqués sous licence ;
- le délai de transfert de technologie est supérieur à 10 ans ;
- le donneur interdit au preneur d'utiliser la technologie concédée après l'expiration de l'accord de transfert de technologies ;
- le donneur impose au preneur de céder au donneur une licence exclusive ou l'intégralité ou une partie des droits sur les améliorations ou les nouvelles applications de la technologie concédée ;
- le donneur interdit au preneur d'acheter des équipements, des pièces détachées ou des matières premières qui ne sont pas désignés par lui.

886. En 1985, le Règlement administratif relatif aux accords de transfert de technologies consacre son article 9 aux neuf hypothèses concernant les clauses restrictives. Ce règlement a été remplacé par le Règlement administratif de 2001 relatif à l'importation et à l'exportation de technologies dont l'article 29 précise que l'accord d'importation de technologies ne doit pas contenir les clauses suivantes :

- celles imposant au preneur d'accepter des conditions non nécessaires à la technologie concédée, notamment d'autres technologies, des matières premières, des produits, des équipements ou des services ;
- celles imposant au preneur de payer une redevance ou d'assumer des obligations pour des technologies déclarées caduques ou dont le brevet a été déclaré invalide ;
- celles limitant le droit du preneur de perfectionner la technologie concédée ou d'utiliser la technologie perfectionnée par lui ;
- celles limitant le preneur dans l'acquisition de technologies concurrentes ou similaires à la technologie concédée auprès d'autres sources ;
- celles limitant sans justification objective la capacité du preneur de fixer le prix, la production et la vente, etc.

La Loi sur les Contrats de 1999 se substituant à la Loi sur les contrats de transfert de technologies de 1987 prévoit dans l'article 329 qu'est nul tout accord qui a pour but ou pour effet de monopoliser illégalement la technologie, de restreindre le progrès technologique, ou de porter atteinte à la propriété intellectuelle d'autrui. S'agissant de

¹¹⁰⁵ La Loi concernant les entreprises à capitaux mixtes sino-étrangers a été révisée à deux reprises en 1990 et

l'application de la loi dans les litiges concernant les accords de transfert de technologies, la Cour suprême populaire a fait, à son tour au profit de la jurisprudence, un bilan de l'ensemble des clauses restrictives de concurrence dans les accords de transfert de technologie sous forme d'une interprétation judiciaire en 2004¹¹⁰⁶.

La Loi sur le commerce étranger de 2004 remplaçant l'ancienne loi de 1994 confère à l'autorité étatique la faculté de prendre les mesures nécessaires aux fins de supprimer l'effet néfaste sur la concurrence dans le commerce étranger, des actes du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle qui interdit à un preneur de mettre en cause la validité de ces droits, lui impose d'accepter un régime coercitif de licence groupée, ou d'accorder au donneur ou à un tiers désigné par lui une licence exclusive sur les améliorations que le preneur aura lui-même apportées ou sur les nouvelles applications de la technologie concédée qu'il aura lui-même mises en œuvre.

Une école de la doctrine chinoise considère que les dispositions concernant les actes anticoncurrentiels interdits par la Loi contre la concurrence déloyale de 1993 sont aussi applicables aux abus des droits de propriété intellectuelle¹¹⁰⁷.

887. En bref, en dépit des défauts du régime systématique juridique de contrôle de l'abus des droits de propriété intellectuelle à l'égard du jeu de la concurrence, les clauses restrictives à la concurrence dans les accords de transfert de technologies, telles que la clause de redevance déraisonnable, la clause coercitive de licence groupée, la clause de non contestation et celle de rétrocession exclusive, etc., tombent déjà sous le coup de différents instruments juridiques. Mais, les abus des droits de propriété intellectuelle pourraient aller au-delà des situations envisagées par ces diverses lois. Or, c'est la Loi antimonopole de 2007 qui pour la première fois fait état de la relation entre le droit de la concurrence et celui de la propriété intellectuelle, et qui a pour but de soumettre les abus des droits de propriété intellectuelle au contrôle du régime juridique de la concurrence.

II. L'application de la Loi antimonopole aux abus des droits de propriété intellectuelle

2001.

¹¹⁰⁶ « Interprétation judiciaire concernant l'application de la loi aux litiges sur l'accord de transfert de technologie » publiée par la Cour suprême populaire le 16 décembre 2004.

¹¹⁰⁷ WANG Xianlin, *Propriété intellectuelle et le droit antimonopole : Etude sur la question antimonopole dans l'abus des droits de propriété intellectuelle*, édition du Droit, 2001, p.349.

A. Caractéristiques du régime de contrôle des abus des droits de propriété intellectuelle au regard du droit de la concurrence

1. Problématique de « l'abus des droits de propriété intellectuelle » dans l'article 55

888. En vertu de la disposition de l'article 55, la Loi antimonopole de 2007 ne s'applique pas aux actes d'opérateurs économiques exerçant leurs droits de propriété intellectuelle conformément à la loi et aux réglementations administratives relatives à la propriété intellectuelle. Néanmoins, la loi s'applique aux abus commis par des opérateurs économiques dans l'exercice de leurs droits de propriété intellectuelle, lorsqu'ils éliminent ou restreignent ou sont susceptibles d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché.

En d'autres termes, dans le cadre juridique de la concurrence, le monopole légal inhérent aux droits de propriété intellectuelle étant préservé dans le droit chinois de la concurrence, l'exercice des droits de propriété intellectuelle en conformité avec la loi et les réglementations administratives de propriété intellectuelle est exempté de l'application de la Loi antimonopole. En revanche, l'abus des droits de propriété intellectuelle est visé par la Loi antimonopole. Selon la logique de la sémantique structurale chinoise, tous les abus des droits de propriété intellectuelle ne tombent pas sous le coup de la Loi antimonopole, mais seuls ceux qui répondent aux conditions prévues par la loi, telles que « éliminer ou restreindre » ou « être susceptible d'éliminer ou restreindre » la concurrence sur le marché. C'est ainsi que dans l'application de la loi précitée à l'exercice des droits de propriété intellectuelle, la première tâche pour les autorités compétentes de concurrence consiste à identifier les comportements d'abus, puis à examiner s'ils satisfont aux conditions prévues par la loi. Pour l'observateur avisé, le législateur chinois a fait une grave erreur de prendre le secondaire pour le principal¹¹⁰⁸. Outre ces critiques internes, l'*American Bar Association*, l'*American Intellectual Property Law Association* et l'*American Chamber of Commerce* ainsi que l'Union européenne ont tous mis en cause le sens donné aux «abus des droits de propriété intellectuelle» dans la loi chinoise antimonopole devant le Comité de l'ADPIC¹¹⁰⁹ en 2007.

¹¹⁰⁸ ZHANG Weijun, *Sens de l' 'Abus des droits de propriété intellectuelle dans la Loi antimonopole de Chine*, in World Trade Organisation Forum, n° 3, 2008, p17.

¹¹⁰⁹ World Trade Organization, IP/C/W/502, 11 October 2007 (07-4367) , Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Transitional Review Mechanism of China, Communication from the Unites States, pt.15.

889. En effet, le sens du terme ‘abus des droits de propriété intellectuelle’ évolue dans le temps. La première à utiliser ce terme (*‘abuse of intellectual property rights’*, ou *‘abuse of monopoly’*) fut l’Angleterre dans son ‘Patent and Design Act’ de 1907 qui instaura le bien-fondé de la licence obligatoire de brevet à défaut d’exploitation ou en raison d’une exploitation insuffisante du monopole dans le délai fixé par l’Act pour accomplir la finalité de celui-ci, qui est la promotion du progrès technologique¹¹¹⁰. Ce terme et le régime de licence obligatoire ont été adoptés par la Convention de Paris de 1883 dans laquelle l’abus de monopole désigne principalement la non exploitation ou l’exploitation insuffisante du droit exclusif du brevet.

890. Pourtant, les Etats-Unis d’Amérique ont développé le régime spécifique de *‘patent misuse’* pour attaquer les comportements de vente liée du breveté dans l’accord de transfert de technologies¹¹¹¹. Avec le développement du droit antitrust, le *‘patent misuse’* et l’action antitrust visant l’abus des droits de propriété intellectuelle convergent¹¹¹². Pour l’heure, en droit antitrust américain, l’abus des droits de propriété intellectuelle fait référence à deux types de comportements : celui qui cherche déloyalement à étendre le domaine des droits exclusifs de la propriété intellectuelle et celui qui contrevient au droit antitrust.

Même si l’abus des droits de propriété intellectuelle n’est pas un terme juridique en droit européen de la concurrence, la Communauté européenne a développé une panoplie de règles doctrinales et jurisprudentielles pour le contrôler ; la pluralité des règlements d’exemption par catégorie à l’égard des accords de transfert de technologies l’a déjà bien illustrée. Au regard du droit antitrust américain et du droit européen de la concurrence, l’abus des droits de propriété intellectuelle désigne l’exercice des droits de propriété intellectuelle affectant la concurrence sur le marché.

891. Selon l’article 8.§2 de l’Accord ADPIC dont la Chine est un des Membres, la prévention de l’abus des droits de propriété intellectuelle est un des principes de l’Accord. De plus, l’article 40 de l’Accord indique que certaines pratiques ou conditions en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle qui limitent la concurrence, peuvent avoir des effets préjudiciables sur

World Trade Organization, IP/C/W/503, 11 October 2007 (07-4372) , Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Transitional Review Mechanism of China, Communication from the European Communities, pt.9, 10 et 23.

¹¹¹⁰ Patent and Design Act, 1907 (7 EDW.7, c.29).

¹¹¹¹ ABA Section of Antitrust Law, *Intellectual Property Misuses : Licencing and Litigation*, (2000), pt.14.

les échanges et entraver le transfert et la diffusion de technologie. Les Membres doivent spécifier dans leur législation les pratiques ou conditions en matière de concession de licences qui pourront, dans des cas particuliers, constituer un usage abusif de droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré.

892. On comprend donc la difficulté des travaux des autorités chinoises de la concurrence qui doivent rédiger une explication sous forme de ligne directrice ou de recommandation pour appliquer l'article 55 de la Loi antimonopole et pour répondre aux interrogations des Etats-Unis et de l'Union européenne devant l'ADPIC: «*What will be the standards used to determine when the exercise of a patent is a conduct that 'eliminates or restricts competition' ?*»¹¹¹³ et «*Can China clarify what the concept of 'abuse of intellectual property rights' in article 55 means in practice?*»¹¹¹⁴

2. Caractéristiques principales du régime de contrôle des abus instauré par l'article 55

893. De toute façon, l'erreur dans la technique législative sera corrigée. Ce qui importe, c'est l'essence de l'article 55 de la loi précitée, qui se manifeste à travers deux caractéristiques principales :

En premier lieu, l'approche chinoise a adopté la théorie de l'abus de droit à l'instar des pratiques américaines et européennes. «*La théorie de l'abus de droit est dominée par une approche essentiellement juridique à la base de laquelle l'on recherche la démesure dans l'exercice d'un droit subjectif.*»¹¹¹⁵ En exemptant l'exercice licite du monopole inhérent à la propriété intellectuelle, la Loi antimonopole chinoise ne vise que les comportements contraires à la loi, c'est-à-dire ceux ayant pour effet d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché dans la jouissance du droit exclusif de propriété intellectuelle du titulaire.

En second lieu, comme les pratiques américaine et européenne, le régime chinois de contrôle des abus des droits de propriété intellectuelle est le régime juridique de la concurrence. Il n'existe pas de régime spécifique destiné au contrôle des comportements anticoncurrentiels de l'exercice du monopole de la propriété intellectuelle. Le législateur a en effet reconnu, que les droits de propriété intellectuelle sont comme tous les autres droits civils, et que la propriété intellectuelle

¹¹¹² Jay Dratler, *Licensing of Intellectual Property*, volume 1, 5-127, Law Journal Press, 2005.

¹¹¹³ *Supra.* note. 1099.

¹¹¹⁴ *Supra.* note 1099.

est comme toute autre propriété avec seulement une différence de forme, l'une étant corporelle, l'autre incorporelle. Les principes et les règles destinés à réprimander les comportements anticoncurrentiels (les ententes, l'abus de position dominante) et à contrôler la concentration des entreprises sont donc aussi applicables aux abus des droits de propriété intellectuelle.

894. De ce fait, l'une des autorités de concurrence a proposé que l'application du droit de la concurrence aux abus des droits de propriété intellectuelle en Chine respecte les principes généraux et les approches essentielles tout comme aux Etats-Unis et dans l'Union Européenne. En combinant les approches d'autrui et l'actualité chinoise, d'après elle, ces principes généraux doivent comporter trois volets¹¹¹⁶ :

Premièrement, le droit antimonopole n'est pas, en général, applicable au domaine du droit de propriété intellectuelle en dépit de l'existence de situations de restriction de la concurrence, ces deux régimes juridiques étant, sur le fond, complémentaires puisqu'ils partagent la même finalité de développement économique et de promotion de la concurrence sur le marché.

Deuxièmement, lorsque l'exercice des droits de propriété intellectuelle dépasse le cadre légitime du droit propre au point que la concurrence sur le marché a été éliminée ou restreinte, il constitue un abus des droits de propriété intellectuelle qui ne doit pas échapper au droit antimonopole.

Troisièmement, même si l'exercice des droits de propriété intellectuelle ne dépasse pas le cadre légitime du droit propre, mais qu'il est susceptible d'éliminer ou de restreindre ou d'entraver de manière grave la concurrence sur le marché et perturber le bon fonctionnement du marché, il est soumis au contrôle antimonopole.

895. Dans la pratique, la diversité des formes d'abus des droits de propriété intellectuelle rend complexe l'application de la Loi antimonopole dont les autorités compétentes n'étaient pas nées au moment de la promulgation de la loi, et sont pour l'heure trop jeunes pour avoir l'expérience suffisante pour traiter les comportements abusifs des droits de propriété intellectuelle à l'égard de la concurrence. Aussi, pour éviter la rigidité, la complexité et le défaut de l'approche par énumération, comme la

¹¹¹⁵ Christophe Caron, *Droit de la propriété intellectuelle*, JCP G 2005, I, 101.

¹¹¹⁶ SHANG Ming, (dir.) (organisé par la Direction de traités et de lois du ministère du commerce), *The theory of Chinese Anti-Monopoly Law and Practice*, Edition de l'Université de Beijing, 2008. p.407. V. aussi, WANG Xianlin, *Contrôle antimonopole de l'exercice des droits de propriété intellectuelle- Compréhension et application de l'article 55 de la Loi antimonopole*, op.cit, p.28. ZHANG Keren et WANG Yumin, *Contrôle transfrontalier des abus de droits de propriété intellectuelle par le droit antimonopole*, in *Développement économique et social*, juin, 2008, vol.6, n°6. p.106.

liste noire du règlement n°772/2004 de la Commission européenne, le législateur chinois n'instaure qu'un seul article – l'article 55, comme un principe général régissant le rapport entre le droit antimonopole et celui de propriété intellectuelle. Cependant, la tâche de rendre la loi applicable, prévisible et efficace incombe aux trois autorités de concurrence chargées de concevoir et de rédiger les règlements administratifs de l'application de la loi en « *faisant référence aux expériences américaines, européennes et d'autres pays ou régions, tels que le Japon et Taiwan.* »¹¹¹⁷

896. En l'espèce, nous examinerons de manière succincte l'application de la Loi antimonopole aux abus des droits de propriété intellectuelle sur la base des dispositions existantes et corrélatives de la Loi antimonopole et des jurisprudences antérieures de promulgation de la loi précitée.

B. L'application de la Loi antimonopole aux abus de propriété intellectuelle

1. Pratiques anticoncurrentielles dans l'exercice des droits de propriété intellectuelle

1) Application aux accords de transfert de technologie

897. En effet, les accords de licence sont présumés ne pas poser en soi de problèmes de concurrence, puisque la plupart de ces accords entraînent des gains d'efficacité favorables à la concurrence grâce à la diffusion de technologies et à l'encouragement de l'innovation qui en résultent. Même s'il y a des accords de licence qui restreignent la concurrence, ceux-ci peuvent être exemptés par l'article 15 de la Loi antimonopole, si les participants à l'accord peuvent prouver qu'ils poursuivent les objectifs prévus par la loi, tels que le progrès de la technologie ou la recherche et le développement de nouveaux produits ; l'amélioration de la qualité des produits, la réduction des coûts, la standardisation des produits ou des normes ou l'exécution de la spécialisation ; l'amélioration de la performance et de la compétitivité des petites et moyennes entreprises ; la réalisation d'objectifs d'intérêt public en matière d'économie d'énergie, de sauvegarde de l'environnement ou de secours dans les catastrophes naturelles, etc. ; l'atténuation des risques économiques dus à la diminution grave des ventes et à la surcapacité de production pendant la période de la dépression économique ; la protection des intérêts légitimes découlant du commerce international et de la coopération économique avec l'étranger ; etc.

¹¹¹⁷ *Ibid.*

898. Toutefois, il y a des accords de licence entre opérateurs économiques qui ne peuvent être exemptés par la loi. L'article 13 de la Loi antimonopole de 2007 interdit les accords, ententes et pratiques concertées entre entreprises concurrentes qui ont pour objet ou pour effet d'éliminer, de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché chinois. Les accords ainsi interdits sont nuls de plein droit. Avec l'article 55 de la même loi, nous pourrions conclure que les accords de transfert de technologies, de licence de brevet entre concurrents ne peuvent être exemptés de l'application de la Loi antimonopole, lorsqu'ils portent sur la fixation des prix, la limitation des quantités de production ou de vente, la répartition des marchés de vente ou d'approvisionnement, le boycott collectif, ou particulièrement, lorsqu'ils restreignent l'accès à de nouvelles technologies ou à de nouveaux équipements, et empêchent le développement de nouvelles technologies ou de nouveaux produits.

Quant aux accords de licence entre non concurrents, la clause de fixation du prix de revente à un tiers ou la clause de limitation d'un prix minimum de revente les place dans le champ de l'application de la Loi antimonopole.

899. Il est encore très tôt pour discuter tant en théorie qu'en pratique en Chine de l'étendue de la sphère de sécurité (safe harbour) pour les accords de licence de technologie conclus entre deux entreprises dont les parts de marchés sont inférieures à certains seuils. On est curieux et impatient de voir quelle approche les autorités chinoises de concurrence vont adopter, celle des Etats-Unis d'Amérique - un seuil unique de 20% que les parties soient concurrentes ou non concurrentes - ou celle de l'Union européenne, soit un double seuil, 20% de la part de marché cumulée pour les concurrents et 30% de la part de marché détenue par chacune des parties non concurrentes, ou bien une nouvelle approche pour se différencier de celles des deux côtés de l'Atlantique.

D'ailleurs, pour l'application de la Loi antimonopole aux accords de transfert de technologies, la détermination des parts de marché sera un point difficile pour les autorités chinoises de concurrence. Peut-être feront-elles référence aux expériences de la Commission européenne¹¹¹⁸.

900. Cependant, une chose est certaine, c'est que les accords multipartites constitués soit par des licences croisées (cross-licensing), soit par des regroupements

¹¹¹⁸ Le règlement n°772/2004 et les Lignes directrices de l'application du règlement n°772/2004 de la Commission européenne.

de technologies (patent pool), ont retenu toute l'attention des juristes chinois¹¹¹⁹ et des autorités administratives chinoises concernées en raison de la redevance excessive du patent pool des Groupes d'entreprises transnationales implantées en Chine : l'affaire *Philips DVD et 3C*¹¹²⁰ représente la limite extrême de l'endurance chinoise.

Depuis 1995, trois sociétés transnationales, à savoir, *Philips, Sony et Pioneer* ont concédé leurs technologies par le biais d'un accord multipartite de 3C¹¹²¹ ('3C 集团', '3C *jituan*') qu'ils ont consenti à une centaine d'entreprises chinoises de DVD en contrepartie d'une redevance extrêmement élevée, telle que pour un appareil DVD fabriqué au prix de 20 US dollars, 4 dollars de redevance sont payés par le Groupe de 3C. L'industrie chinoise de DVD a été anéantie par ces regroupements de technologies par les sociétés transnationales. Un autre cas avec tout autant de répercussion est le patent pool du Groupe 6C composé de *Toshiba, Mitsubishi, Hitachi, Panasonic, JVC* et *Time Warner*. En effet, les accords multipartites étrangers ont déjà menacé la vie de l'industrie nationale en Chine dans le domaine de la communication numérique.

Face à la nature imposante et envahissante des accords multipartites des sociétés transnationales, le premier chinois à refuser ces accords est le professeur de la faculté du droit de propriété intellectuelle de l'Université de Beijing (Pékin), Monsieur ZHANG Ping qui a requis le 1^{er} décembre 2005 du Bureau national de la Propriété intellectuelle (BPI) la déclaration en invalidité du brevet chinois nommé "Procédé de transmission et de réception des données codifiées avec le transmetteur et le récepteur-décodeur", un des brevets concédés dans le patent pool du Groupe 3C, dont le titulaire est la société *Philips*. Un mois après, le 5 janvier 2006, quatre autres spécialistes qui sont tous directeurs de la faculté du droit de propriété intellectuelle de quatre universités de renom en Chine présentaient leur requête respectivement au BPI pour la même cause.

Le 17 août 2006, cinq spécialistes universitaires et la société *Philips* comparaissaient à l'audience convoquée par le BPI. Les spécialistes chinois firent valoir que le brevet mis en cause était une technologie de base concernant le codage

¹¹¹⁹ YUE Yanxia et DU Jinjin, *Contrôle antimonopole des accords multipartites dans la standardisation technique*, in Commerce Business et Industrie moderne, 2008, n°12. LI Yujian et XUAN Guolian, *Accords multipartites de licence : un nouveau terrain de la recherche de la stratégie associée*, in Economie de l'Industrie de la Chine, 2004, n°2. ZHANG Ping et LIU Chao, *Réflexion sur l'affaire PhilipsDVD/3C*, in Propriété intellectuelle dans le domaine électronique, 2007, n°5.

¹¹²⁰ <http://news.chinabyte.com/440/2710940.shtml>

¹¹²¹ L'abréviation des mots anglais : Computer, communication et consumer electronics.

et le décodage dans le processus de fabrication de DVD, d'appareil de photo numérique, de téléphone portable et d'autres produits numériques. Les entreprises chinoises possédaient cette technologie avant 1995, année où le certificat de brevet sur cette technologie a été décerné à la société *Philips* par le BPI. Le brevet en cause était donc un faux, établi en contrepartie d'une redevance exorbitante, et constituait sans aucun doute un abus des droits de propriété intellectuelle et de position dominante. De même, la société *Philips* enfreignait le principe de contestation de la validité, lorsque le Groupe 3C imposait un régime coercitif de licences groupées aux entreprises chinoises. Leur conclusion fut que le certificat de brevet sur cette technologie décerné à la société *Philips* portait préjudice à l'intérêt public de l'Etat chinois, et qu'il devait être révoqué par le BPI. Mais, la société *Philips* insistait pour ne pas abaisser la redevance du *patent pool* en soulignant la validité du brevet en cause. L'audience entraînait dans une impasse. Pourtant, avant même la décision du BPI, la société *Philips* avait pris l'initiative de se réconcilier le 10 décembre 2006 avec les cinq spécialistes qui sont dorénavant des héros pour les entreprises chinoises, en déclarant qu'afin de résoudre les différends, le brevet en cause serait supprimé du *patent pool* et qu'elle ne réclamerait plus de droits sur ce brevet¹¹²².

901. Pressentant de forts enjeux, les entreprises chinoises sont devenues extrêmement vigilantes concernant le *patent pool* sur la licence des brevets de la technologie du MP3, du MP4 et du téléviseur numérique. Les autorités chinoises de concurrence s'efforcent de cerner la réalité de la pratique et l'ampleur des problèmes soulevés, afin de faire la synthèse des études économiques et juridiques et de proposer un cadre pour l'évaluation de tels accords. Comme l'a dit un spécialiste français, les accords multipartites doivent être mis en perspective avec l'usage abusif de la propriété intellectuelle, car ils constituent « *des issues en regroupant les droits de propriété intellectuelle pour les rendre à nouveau efficaces, par la reconnaissance monétaire de leur complémentarité. Mais ces regroupements de brevets sont aussi susceptibles d'abriter des ententes entravant l'accès au marché technologique.* »¹¹²³

2) Application aux abus de position dominante moyennant un droit exclusif
902. Selon les articles 17 et 55 de la Loi antimonopole, peuvent constituer un abus de position dominante la demande d'une redevance de façon non équitable élevée au

¹¹²² http://www.wuxiao123.com/News_View.asp?NewsID=63

¹¹²³ Catherine PRIETO, *La politique européenne de concurrence relative aux transferts de technologie dans une perspective transatlantique*, Europe n°1, janvier 2005, Etude 1, LexisNexis SA.

preneur de licence de brevet ou d'autre propriété intellectuelle, le refus d'octroyer une licence de droits de propriété intellectuelle, l'imposition de relations exclusives au partenaire et l'accord de licence lié avec d'autres technologies, produits, services ou matières premières non nécessaires au preneur par le donneur ou le titulaire de droits de propriété intellectuelle en position dominante.

903. S'agissant du refus de licence, les juristes chinois proposent de se référer aux jurisprudences américaine et européenne¹¹²⁴, dans les affaires comme *Image Technical Services*¹¹²⁵, *Spundfass*¹¹²⁶, l'affaire *Microsoft*¹¹²⁷ et en particulier l'affaire *Magill*¹¹²⁸. Dans l'affaire *Magill*, les critères dégagés par la Cour de Justice de la Communauté européenne pour condamner un refus de licence de droits de propriété intellectuelle contraire à l'article 82 du Traité CE sont les suivants :

- le produit ou le service protégé par un droit de propriété intellectuelle est indispensable pour exercer une activité déterminée ;
- le refus de licence est de nature à faire obstacle à l'apparition d'un produit nouveau faisant l'objet d'une demande potentielle des consommateurs ;
- un tel refus est dépourvu de justification objective ;
- ledit refus est de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé.

Ces conditions doivent être cumulativement remplies.¹¹²⁹

904. S'agissant de l'accord de licence lié à d'autres technologies ou produits ou premières matières non nécessaires au preneur, une jurisprudence chinoise dans l'affaire *Huanghe*, Compagnie de Commerce technologique (ci-après *Huanghe*), v.

<http://www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery> et Charles River Associates, Multiparty Licensing, 22 april 2003 : http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/multiparty_licensing.pdf

¹¹²⁴ SHANG Ming, (dir) *op.cit.*p.398, 399.

¹¹²⁵ *Image Technical Services v. Eastman Kodak*, 125F. 3d 1195, (9th Cir.1997).

¹¹²⁶ BGH, Urt. v. 13.7.2004- KZR 40/02, GRUR 2004, 966- Spundfass.

¹¹²⁷ TPICE, 17 sept.2007, aff. T-201/04, Microsoft : JOCE n°C269/45, 10 nov.2007. Dans l'affaire Microsoft, le refus de licence concernait des données d'interopérabilité détenues par Microsoft dont l'accès était indispensable afin de pouvoir opérer sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail.

¹¹²⁸ CJCE, 6 avril, 1995, aff.C-241/91 et 242/91, RTE et ITP: Rec.CJCE, 1995, I.p.743. La Cour de Justice de la Communauté européenne énonce dans un attendu de principe (pt38) : « Pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé. »

¹¹²⁹ Laurence IDOT, *Abus de position dominante : du nouveau sur la conciliation entre concurrence et droit de propriété intellectuelle*, commentaie sur l'affaire l'affaire *IMS/NDC* (CJCE, 29 avr. 2004, aff. C-418/01, *IMS Health et NDC Health*), in *Europe* n°6, janvier 2004.

Dayang, Compagnie de Commerce de Produits d'Artisanat (ci-après *Dayang*),¹¹³⁰ établit la condition de la licéité de la licence liée.

Dans cette affaire, *Huanghe* et *Dayang*, les deux parties de l'accord de licence, s'engagent à ce que le donneur, *Huanghe*, concède la licence d'utilisation d'une machine compresseuse-coupeuse d'ardoises contenant sa technologie brevetée au preneur *Dayang*. Après entrée en vigueur de l'accord par la signature des deux parties, ceux-ci se sont engagés sur des obligations contractuelles. Pourtant, le preneur n'a payé qu'une moitié de la redevance de la licence par des biens immobiliers qu'il détenait. Il a refusé de s'engager à payer l'autre moitié, en plaidant que la machine cédée avec la licence d'utilisation du brevet par le donneur n'était pas protégée par le brevet concédé. Par conséquent, il demanda de modifier la teneur de l'accord ou de résilier le contrat. Le refus du donneur d'accéder à sa demande le poussa à intenter une action auprès du Tribunal d'instance supérieure de Fujian afin de modifier la teneur de l'accord.

La demande de *Dayang* fut déboutée par le Tribunal qui estimait que l'accord de licence d'utilisation du brevet entre ces deux parties était un contrat valable et conforme avec la Loi des contrats et que la demande de *Dayang* n'était pas fondée. Refusant d'accepter la décision de première instance, *Dayang* fit appel devant la Cour suprême populaire, alléguant que le but de *Huanghe* était de vendre à prix élevé ses machines et équipements non nécessaires à la mise en œuvre du brevet concédé, et donc, que l'acte du donneur était illégal en raison de son infraction à la loi des contrats qui prohibe les actes de monopole illégal de technologie et de restriction au progrès technique¹¹³¹.

Cependant, l'appel de *Dayang* fut rejeté et la décision de première instance, maintenue par la Cour suprême populaire qui explique que "le monopole illégal de technologie et la restriction au progrès technique" prévus par la loi désignent principalement la vente liée dans le domaine de la propriété intellectuelle. Le point crucial de l'affaire est donc de savoir s'il existe une vente liée ou si la vente liée est légale selon la loi dans l'accord de licence d'utilisation du brevet entre ces deux parties. D'après la Cour suprême populaire, la machine compresseuse-coupeuse d'ardoises concernée dans l'accord de licence est un équipement à usage spécial contenant la technologie brevetée du donneur. Il est indispensable pour l'appelant

¹¹³⁰ Arrêt n° 8 (2003) du dernier ressort de la Cour suprême populaire de la Chine, le 17 novembre 2008.

d'acheter cette machine pour la mise en œuvre du brevet concédé. La licence d'utilisation du brevet obtenue par le preneur n'a pas pour but de fabriquer le produit breveté, c'est-à-dire le compresseur-coupeur, mais le produit final, l'ardoise, par le biais de cette machine. De ce fait, l'accord de licence dans lequel le donneur offre au preneur des équipements ou des machines indispensables à la mise en œuvre de l'obligation contractuelle de ce dernier n'a pas transgressé la loi.

905. En définitive, la licéité de la vente liée concernant le transfert de technologies doit répondre à la condition établie par la jurisprudence chinoise : le produit concédé dans l'accord de licence d'utilisation du brevet doit être indispensable à la mise en pratique et à l'assurance du bon fonctionnement du brevet concédé.

2. Acquisition des droits de propriété intellectuelle dans la concentration d'entreprises

906. Il s'agit d'un sujet d'une grande délicatesse et complexité en Chine, la politique chinoise de concentration d'entreprises se catégorisant en deux grands groupes selon la finalité de la loi et la territorialité des transactions de concentration d'entreprises. Au regard de la finalité de la loi, il existe en Chine une politique encourageant la concentration d'entreprises et une politique de contrôle de la concentration d'entreprises. Sous l'aspect de la territorialité des transactions de concentration, il y a la politique d'acquisition d'entreprises chinoises par un investisseur étranger et la politique d'acquisition outre-mer effectuée par des entreprises chinoises. En l'occurrence, notre étude du régime chinois d'acquisition des droits de propriété intellectuelle dans la concentration d'entreprises suit cette classification de la politique de concentration d'entreprises.

1) Acquisition des droits de propriété intellectuelle dans la politique encourageant des concentrations d'entreprises

907. La politique encourageant la concentration d'entreprises se traduit principalement par le «Règlement relatif à l'acquisition d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers» publié par six administrations ministérielles le 8 août 2006¹¹³², dite Ordonnance n°10 dans le milieu des juristes chinois. L'un des objectifs de cette Ordonnance est l'introduction des techniques avancées d'investisseurs étrangers. L'attitude dominante de la politique est en effet favorable au transfert de technologies des investisseurs étrangers aux entreprises chinoises à travers

¹¹³¹ L'article 329 de la Loi des contrats de 1999.

l'acquisition de celles-ci par ceux-là. Pourtant, aucune disposition dans cette ordonnance ne prévoit les règles de transfert de technologies entre les opérateurs économiques étrangers et chinois sauf l'article 12 de l'ordonnance précitée qui porte sur la démarche administrative. Au terme de l'article 12, si, après l'acquisition, l'investisseur étranger contrôle de fait la nouvelle entreprise à participation étrangère dans un domaine d'activité stratégique (concernant des technologies avancées et de pointe) pouvant influencer la sécurité économique de l'Etat, ou si l'entreprise chinoise cible de l'acquisition est titulaire d'une marque prestigieuse ou d'une marque traditionnelle chinoise, la notification préalable au MOC (Ministry of Commerce) est obligatoire.

908. Or, divers problèmes ayant trait au transfert de technologies dans l'acquisition des entreprises chinoises par des investisseurs étrangers constituent des sujets très sensibles pour l'intérêt public de la Chine, tels que le monopole, la sécurité économique de l'Etat, la disparition des technologies autochtones, l'affaiblissement de la capacité d'innovation et de vente à bon marché des brevets autochtones d'entreprises chinoises, etc. L'action privée et l'intervention du pouvoir public sont les principaux remèdes à ces problèmes. S'agissant de la disparition des technologies autochtones et de l'affaiblissement de la capacité d'innovation des entreprises chinoises, les parties à l'acquisition peuvent trouver des solutions efficaces par elles même, par exemple, à travers l'évaluation des biens incorporels par un agent professionnel, et s'accorder sur une redevance raisonnable. Quant au risque de monopole, d'atteinte à la sécurité économique de l'Etat et de changement structurel du marché concurrentiel générés par le transfert de technologies lors de la concentration des entreprises, le pouvoir public est susceptible d'intervenir. Les autorités compétentes chinoises de concurrence créées selon la Loi antimonopole jouent ce rôle dans une certaine mesure.

2) Acquisition des droits de propriété intellectuelle dans la politique de contrôle des concentrations d'entreprises

909. En dépit de la réticence règlementaire et législative à établir des règles concrètes relatives à l'acquisition des droits de propriété intellectuelle des entreprises chinoises par un investisseur étranger, cette acquisition étant une sorte de concentration d'entreprises, les problèmes de monopole et de déformation structurelle

¹¹³² *Supra.* n° 549, 555 et s.

de la concurrence du marché, de restriction de concurrence liée au transfert de technologies ne peuvent échapper au régime chinois de contrôle des concentrations d'entreprises qui, par la Loi antimonopole, a conçu les règlements administratifs, les jurisprudences et les doctrines empruntées ou générées localement en la matière.

L'article 55 de la Loi antimonopole de la Chine prévoit que la loi précitée s'applique aux abus commis par les opérateurs économiques dans l'exercice de leurs droits de propriété intellectuelle, qui éliminent ou restreignent ou sont susceptibles d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché. Ces exercices abusifs de la propriété intellectuelle peuvent non seulement constituer une entente horizontale ou verticale prohibée par la loi, un abus de position dominante au regard du droit de la concurrence, mais, ils peuvent aussi apparaître dans la concentration d'entreprises et peuvent avoir pour but ou pour effet de restreindre la concurrence.

Aux termes de l'article 29 de la loi précitée, les autorités antimonopolistes peuvent prendre les mesures nécessaires aux fins d'éliminer ou réduire l'effet négatif de la concurrence issu de la concentration. Pour l'heure en Chine, en matière d'abus des droits de propriété intellectuelle dans la concentration, les mesures nécessaires qui sont prises par les autorités antimonopolistes sont plutôt de nature structurelle, comme la licence croisée, la licence au tiers, ou l'ouverture de certains biens incorporels de brevet aux tiers, etc.

Conclusion générale

910. Né dans le processus d'internationalisation du droit, métissant culture juridique autochtone et occidentale, prenant sa source dans le système américain du droit antitrust, et inspiré par les expériences européennes, le droit chinois de la concurrence n'a pas achevé sa réforme. Ce fruit hybride est en pleine croissance : sera-t-il, une fois mûr, un bon ou un mauvais fruit ? Contribuera-t-il de façon aussi importante que les systèmes américains et européens à la modernisation du droit de la concurrence dans le monde ? De telles perspectives ont quelques raisons d'être :

1. La dynamique potentielle interne de la réforme chinoise

911. Dans la réforme générale de la Chine, la conjonction de la nécessité et du tempérament chinois crée une dynamique favorable à un développement social durable de la nation chinoise.

La roue de l'Histoire ne tourne jamais à rebours. *«Il existe entre Droit et Civilisation des relations étroites qui ne sont pas, historiquement, le résultat du hasard»*¹¹³³. L'évolution vers une société plus civilisée et plus démocratique, protégée par les règles du droit, est indéniable. Le processus de démocratisation dans le développement économique et social de la Chine est irréversible, et ce, en dépit de la possibilité d'intempéries politiques, d'instabilités sociales ou de contretemps. L'histoire de la civilisation chinoise depuis quatre mille ans ne nous donne qu'une seule conviction, celle que la voie sinueuse empruntée jusqu'ici conduit vers un avenir radieux.

912. Le fruit direct de la démocratisation est la séparation des pouvoirs. Ce n'est que lorsque le pouvoir juridique est indépendant et que l'«Etat d'homme»¹¹³⁴ est remplacé par l'Etat de droit, que la législation peut montrer une véritable sollicitude envers les moyens d'existence du peuple en devenant plus rationnelle, légale et

¹¹³³ François Terré, *Introduction générale du Droit*, op.cit. p.5.

¹¹³⁴ *Supra.* n°6.

progressiste, et que l'application judiciaire devient efficace¹¹³⁵. Cela signifie, d'une part, dans le domaine économique, l'introduction de la démocratie économique, c'est-à-dire le jeu de la libre concurrence sur le marché, et dans celui du droit de la concurrence, l'éradication du monopole ou de l'abus de pouvoir administratif opposé à la libre concurrence, et, d'autre part, la domination de la juridiction dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles par l'initiative de l'action civile. Même si l'on ne peut prédire quand le droit chinois de la concurrence arrivera à maturité, il n'y a aucune raison de ne pas être optimiste.

913. Du point de vue des pratiques juridiques, la souplesse du Confucianisme, dont la quintessence est le principe du « Juste Milieu », se manifeste dans la législation et la personnalité des exécuteurs de la loi. Comme nous l'avons remarqué, le texte législatif de la Loi antimonopole a été parfois critiqué pour son manque de précision. Les nombreuses dispositions, générales par principe, laissent donc une large marge de manœuvre à l'application administrative et judiciaire. En théorie, la jurisprudence et la doctrine chinoises ne sont pas des sources du droit chinois, moins possible pour la jurisprudence et la doctrine étrangère de l'être. Cependant, en pratique, cette marge de manœuvre dans la législation permet aux exécuteurs chinois de la loi de les prendre considération, voire de les citer comme sources du droit dans l'application soit administrative, soit judiciaire de la loi, lorsqu'une lacune législative ne peut être comblée par analogie à d'autres règles juridiques. D'ailleurs, l'exécuteur chinois de la loi, né, élevé et éduqué dans une tradition confucianiste, n'est jamais dogmatique. Il a l'art d'appliquer les principes avec souplesse. Tout cela différencie le droit chinois du droit jurisprudentiel de la common law, et du légalisme du droit romain. S'il existait un mécanisme indépendant et démocratique de supervision, la Loi antimonopole chinoise n'aurait pas beaucoup à envier aux meilleures.

Au demeurant, il faut du temps pour mettre en valeur la dynamique potentielle de la réforme générale de la Chine et de la patience pour attendre la maturité du droit chinois de la concurrence.

2. L'impulsion externe de la relation UE-Chine

914. Les juristes chinois aiment témoigner de leur gratitude envers l'Union européenne pour sa contribution à l'édification du système juridique de la concurrence chinoise.

¹¹³⁵ Mireille Delmas-Marty et Pierre-Etienne Will (dir.), *La Chine et la démocratie*, Edition Fayard, 2007.

Sur la base de la Déclaration Conjointe adoptée lors du sommet UE-Chine du 5 septembre 2001, des rencontres ont eu lieu à la fin de l'année 2003 entre la Direction de la Concurrence de la Commission européenne et le Ministère du Commerce de la Chine afin d'examiner les pistes d'approfondissement du dialogue. Une déclaration sur le démarrage d'un dialogue entre la Chine et l'Union européenne sur la concurrence fut adoptée le 23 novembre 2003. Puis, le 6 mai 2004, a été conclu un accord de dialogue bilatéral sur la concurrence entre ces deux vieux continents ; c'est le premier acte de ce type conclu par la Chine avec un pays tiers.

L'objectif principal de l'accord est de mettre sur pied une structure destinée à favoriser la consultation et la transparence entre la Chine et l'UE dans le domaine de la concurrence. Est également affirmée l'intention de renforcer l'aide technique et de la formation de l'Union européenne. Au total, il s'agit d'encourager la coopération et les échanges afin de favoriser la compréhension des approches réciproques en matière de politique et de droit de la concurrence. Les deux parties reconnaissent que la concurrence est un facteur important pour préserver le bien-être du consommateur et pour assurer la sécurité juridique des opérateurs économiques sur le marché.

Quant à la modalité du dialogue, le document désigne comme responsables, pour la mise en œuvre de l'accord, le département juridique du Ministère du Commerce, côté chinois, et, côté européen, le directeur de la politique de développement auprès de la direction de la concurrence. Le Dialogue sera co-présidé par deux responsables désignés chacun par ces deux parties. En même temps, est prévue la constitution de groupes de travail *ad hoc* destinés à faciliter la discussion entre experts et, une fois par an, la tenue d'un dialogue alternativement à Beijing et à Bruxelles.

En ce qui concerne le contenu de l'accord, il s'agit, en particulier, d'une série d'actions thématiques, dont une liste est donnée, parmi lesquelles figurent en première place l'élaboration et la mise en œuvre du droit antimonopole, à l'égard desquelles sont prévus des échanges de vues sur la situation actuelle, les expériences, les projets de la loi et les développements de la mise en œuvre des règles. Le droit sur le contrôle des concentrations dans une économie globalisée figure en seconde position des thèmes à aborder. D'autres échanges de vues et d'expériences sont prévus sur des questions telles que la lutte contre les «hard-core», cartels internationaux, la libéralisation du secteur public et les interventions étatiques, la

diffusion de l'information sur le droit de la concurrence auprès des entreprises, la mise en place et le rôle des autorités de concurrence. Le document mentionne l'engagement pris par chacun, de se donner les moyens afin que la Commission européenne accomplisse sa proposition d'assistance technique en matière de concurrence, telle que l'organisation de la formation, des séminaires et des études, etc.

915. La portée de cet accord ne peut être sous-estimée pour trois raisons.

Premièrement, les échanges de vues et de personnels prévus par l'accord constituent un puissant facteur d'harmonisation du droit, puisqu'il ne contient aucune disposition « négative », « marquant le refus a priori d'une convergence des droits et le cantonnement de la coopération au domaine processuel¹¹³⁶, ou légitimant un refus d'application de l'accord¹¹³⁷ »¹¹³⁸. Cette harmonisation du droit chinois de la concurrence avec celui de l'Union européenne a été bien illustrée par le texte de la Loi antimonopole de 2007.

Deuxièmement, les assistances techniques et à la formation, consenties dans l'accord par l'Union européenne, ont réellement aidé à accélérer le processus de la législation de la Loi antimonopole tout en favorisant un développement cohérent des règles chinoises et européennes.

Troisièmement, l'accord de 2004 « montre la confiance de la Chine dans une coopération et une réflexion commune avec l'Union européenne, qui annonce un développement significatif des relations entre l'Union européenne et la Chine dans le domaine de la concurrence. »¹¹³⁹

C'est à l'impulsion de l'Union européenne que la Chine doit la promulgation de sa Loi antimonopole. Le dialogue annuel sur la concurrence avec la Chine s'est déroulé régulièrement et alternativement à Beijing et à Bruxelles. *La coopération avec la Chine est demeurée une priorité*¹¹⁴⁰ dans les activités internationales du travail de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne. Au cours de la réforme du droit chinois de la concurrence,

¹¹³⁶ Accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis d'Amérique de 1995 et 1997, art. 7.

¹¹³⁷ Accord entre la Communauté européenne et le Canada de 1999, article IV, 3, c.

¹¹³⁸ Jean-Pierre Viennois, *Concurrence et relations UE-Chine*, in *Revue Lamy de la Concurrence*, novembre 2004/janvier 2005, n° 1. p.123.

¹¹³⁹ *Ibid.*

¹¹⁴⁰ Rapport sur la Politique de Concurrence de la Commission européenne 2008. {SEC(2009) 1004}, Bruxelles, le 23.7.2009.

l'Union européenne a joué un double rôle : son système juridique a servi de source d'inspiration, et ses personnels et institutions ont apporté un soutien généreux.

Il est évident que la normalisation des relations entre l'Union européenne et la Chine ne peut que favoriser le développement du droit chinois de la concurrence.

3. L'attitude active de la Chine dans la coopération internationale

916. Des conclusions, telles que «*sous la pression occidentale, la Chine a mis en place un système de protection de la propriété intellectuelle*»¹¹⁴¹, sont partiales. Car, sans la bonne volonté de l'Etat chinois, aucune puissance occidentale ne pourrait lui imposer son propre système, idéologique, économique ou juridique. L'Histoire chinoise en a déjà témoigné. S'intégrer de son plein gré à la communauté internationale a toujours été une préoccupation des gouvernements successifs depuis la fin de la dynastie Qing. Mais, l'accord des puissances occidentales à l'adhésion de la Chine à la communauté internationale a toujours été assorti de conditions préservant leurs intérêts privés, sans tenir compte de l'intérêt général d'un peuple représentant un cinquième de la population mondiale. La Chine n'est certes pas, historiquement, la seule victime, exclue du cercle formé par les pays riches et auto-désigné «communauté internationale», terreau de tous les conflits politiques et économiques.

917. Dans le domaine de la concurrence, l'attitude active de la Chine dans la coopération internationale aura deux portées significatives dans le développement international des règles concurrentielles.

Premièrement, la nécessité d'un contrôle international des pratiques commerciales restrictives de la concurrence implique que la participation de la Chine à la coopération internationale, bilatérale ou multilatérale, soit au bénéfice réciproque de tous les participants.

A mesure que l'économie se mondialise, que le commerce international se libéralise, que de vastes négociations multilatérales visent à lever les barrières étatiques, tarifaires et les obstacles de tous ordres aux échanges, on perçoit la multiplication de nouvelles barrières dressées par des entreprises, des cartels ou des puissances économiques incontournables, parmi lesquels figurent de plus en plus de noms chinois. Avec un taux de croissance encore très élevé, soit 9.1% selon le Bureau

¹¹⁴¹ Cédric Garrigues, *Actualité du Dragon fait trembler le monde*, in *Assas au quotidien*, mai-juin 2005, n°6. p.9.

national des statistiques du 2 juillet 2010¹¹⁴², la Chine intensifie, qu'on le veuille ou non, l'accroissement de la concurrence internationale. Que la Chine, qu'aucune puissance occidentale ne saurait freiner, veuille s'engager et se discipliner à travers la coopération internationale, constitue une bonne nouvelle pour tout le monde. Car *la solidarité politique des engagements internationaux et les contraintes juridiques ne reposent que sur des principes de bonne volonté, de réciprocité et de coopération*¹¹⁴³.

L'adhésion de la Chine à l'Organisation Mondiale du Commerce a été une étape décisive dans ce processus. Dans le cadre de la CNUCED, la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement, la Chine, en tant qu'Etat membre, a toujours honoré ses engagements. Même à l'OCDE, elle a joué activement un rôle d'observateur depuis 1995, et elle lui a apporté sa contribution dans la session du Comité de la Concurrence le 16 février 2009, en soulignant que « *la concurrence, même lorsqu'elle s'exerce entre entités publiques ou autorisées par le gouvernement, est un facteur permettant de développer la qualité des produits et services* »¹¹⁴⁴ dans le contexte de la crise économique et financière.

Dans la bonne volonté de la Chine à coopérer à l'international, l'encouragement sincère sur les principes d'égalité et de réciprocité a plus de valeur qu'une pression égoïste et condescendante.

Deuxièmement, l'entrée de la Chine dans la coopération internationale est aussi une opportunité pour elle de servir de miroir, et d'être une source d'inspiration pour ses partenaires commerciaux, par ses réussites et ses insuffisances en matière de pratiques juridiques sur la concurrence.

La coopération internationale dans le domaine du droit de la concurrence donne souvent l'impression que son objectif est d'établir une unification du droit de la concurrence. Cependant, celle-ci « *est impossible à atteindre pour deux raisons principales. D'une part, l'unification est un projet chimérique car le droit est variable dans le temps et dans l'espace. Or, cette incessante variation génère une diversité que l'imitation, imposée ou consentie, ne parviendra jamais à supprimer. D'autre part, le droit n'est pas réductible à un ensemble de règles formelles et à ses applications par les tribunaux. Une véritable unification supposerait une unification des notions et des concepts (par exemple, le contrat, la famille, la possession, etc.)* »

¹¹⁴² Quotidien du Peuple, *people's Daily Overseas* edition, le 3 juillet 2010.

¹¹⁴³ Dominique Brault, *Droit de la concurrence comparé*, *op.cit.* p.125.

*ainsi qu'une unification des cultures juridiques (par exemple, des types d'argumentation, des styles, etc.) Ce qui n'est ni réalisable, ni même souhaitable.»*¹¹⁴⁵

Mais si, grâce à la coopération internationale, le droit chinois de la concurrence arrive à maturité avec sa culture d'entreprise, ses doctrines et théories, et ses jurisprudences exemplaires, peut-être constituera-t-il aussi un «*patrimoine commun*»¹¹⁴⁶ qui représente la richesse de la diversité du droit. Qui sait ?

*Maître Confucius dit : Trois compagnons en chemin, chacun sert de maître aux autres. La voie juste est d'imiter ce qui est bon et de corriger les défauts d'autrui en soi-même.*¹¹⁴⁷

--- «*Lunyu* », Chapitre VII.22.

¹¹⁴⁴ François SOUTY, *Politique internationale, Comité de la Concurrence de l'OCDE – Crise économique et financière*, Concurrences, n°2-2009, p.220.

¹¹⁴⁵ Yves –Marie Laithier, *Droit comparé*, *op.cit.* p. 24.

¹¹⁴⁶ Mireille Delmas-Marty et Stephen Breyer, *Regard croisés sur l'internationalisation du droit : France – Etats-Unis*, *op.cit.* p.16.

Bibliographie

Ouvrages français :

- (1) Yves –Marie Laithier, *Droit comparé*, Dalloz, 2009.
- (2) René David et Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, DALLOZ, 2002.
- (3) François SOUTY, *Le droit et la politique de la concurrence européenne, Montchrestien*, 3^e édition, 2003.
- (4) Marie-Anne Frison-Roche et Marie-Stephane Payet, *Droit de la concurrence*, DALLOZ, 2006.
- (5) Nicolas LIGNEUL et Olivia TAMBOU, *Droit européen du Marché*, éditions ellipses, 2006.
- (6) Dominique Brault, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, L.G.D.J.2004
- (7) Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la Concurrence*, ARMAND COLIN, 2^e édition, 2003.
- (8) A.WILMOTS, *La Chine Economique en l'An 2000*, L'Harmattan, 1997.
- (9) Albert Camus, *L'homme révolté*, éditions Gallimard, 1951.
- (10) Justin Yifu LIN et Fang CAI, Zhou LI, *Le Miracle Chinois---Stratégie de développement et réforme économique*, Economica, 2000.
- (11) Claude Lucas de Leyssac et Gilbert Parleani, *Droit du Marché*, PUF-droit 2002.
- (12) Cyril Nourissat et Robert Wrrerwulghe (dir.), *Le Nouveau Règlement d'Application du Droit Communautaire de la Concurrence : un Défi pour les juridictions françaises*, DALLOZ. 2004.
- (13) André PUTTEMANS, Denis WAELBROECK, Jean-François BELLIS et David SZAFRAN, *Aspects Récents du Droit de la Concurrence*, BRUYLANT, 2005.
- (14) Sophie NICINSKI, *Droit Public de la Concurrence*, L.G.D.J 2005.
- (15) *L'actualité du Droit Chinois des Affaires*, colloque du 14 novembre 2003, Société de législation Comparée, 2004.
- (16) Hélène NARAYAN-FOURMENT, *L'Approche Concurrentielle et Contractuelle de la détermination du Prix*, Presses Universitaires d'Ax-Marseille, 2003.
- (17) Arnaud LECOURT, *La Concurrence Déloyale*, L'Harmattan 2004.
- (18) Fabienne GHELFI-TASTEVIN, *Droit pénal économique et des affaires*, Gualino éditeur, 2001.
- (19) Jean-Mathieu COT et Jean-Patrice de La LAURENCIE, *Le Contrôle français des Concentration*, L.G.D.J. 2^e édition, 2003.
- (20) Didier FERRIER et Dominique FERRÉ, *Droit du Contrôle National des Concentrations*, DALLOZ, 2004.

¹¹⁴⁷ « Lunyu », Chapitre VII.22. 《论语·述而 7. 22》：“三人行，必有我师。择其善者而从之，其不善者而改之。”

- (21) Anne Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, éditions du Seuil, 1997.
- (22) Jean LEVI, *Confucius*, in *Spiritualité vivantes* de Albin Michel, Pygmalion/Gérard Watelet, Paris, 2002.
- (23) Danielle Elisseeff, *Confucius, des mots en action*, Gallimard/Réunion des musées nationaux, 2003.
- (24) Jean-Christophe Demariaux, *Le Dao*, Cerf, 1990.
- (25) Martin Palmer, *Le Taoïsme*, Payot /Rivages, 1997.
- (26) H. Maspero, *La Chine antique*, Presses Universitaires de France, 1965.
- (27) H. Maspero, *Le Taoïsme et les religions chinoises*, Gallimard, 1971.
- (28) Guy Canivet et Laurence Idot (dir.), *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, Evolutions et perspectives—Colloques & Débats*, LexisNexis, Litec, mars 2008.
- (29) Guy Canivet (dir.), *La Modernisation du Droit de la Concurrence*, L.G.D.J., 2006.
- (30) M.-C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem et J. Vialens, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008.
- (31) Walid Abdelgawad (dir.), *Mondialisation et Droit de la Concurrence, les Réactions normatives des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, NexisNexis Litec, 2008.
- (32) Anne-Lise SIBONY, *Le Juge et le Raisonnement économique en droit de la Concurrence*, L.G.D.J, 2008.
- (33) Alain GUEGJ, *Pratique du droit de la concurrence national et communautaire*, lexisNexis SA. Litec, 2006.
- (34) Ioannis LIANOS, *La Transformation du Droit de la Concurrence par le Recours à l'Analyse économique*, Bruylant, 2007.
- (35) Louis VOGEL, *Droit de la Concurrence déloyale*, LawLex, 2007-2008.
- (36) Marie MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, L.G.D.J, 2002.
- (37) Emmanuel COMBE, *Que sais-je ? Cartels et Ententes*, Puf, 2004.
- (38) France GUIRAMAND et Alain HERAUD, *Droit des sociétés*, 12^e éd., DUNOD. 2005.
- (39) Emmanuel MERIL, *Chine, juridique – fiscal - social*, dans *Dossiers internationaux*, éditions Francis LEFEBVRE, 2007.
- (40) Anne TERCINET, *Droit européen de la concurrence : Opportunités et menaces*, Gualino éditeur, -2000.
- (41) Marie MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 4^e édition, SIREY 2008.
- (42) Valérie PIRONON, *Droit de la Concurrence*, Gualino, 2009.
- (43) Guillaume DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles, essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ. 2009.
- (44) André DECOCQ, Georges DECOCQ, *Droit de la concurrence : Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 3^e édition, 2008.
- (45) Jean-Christophe GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 2^e édition, Dalloz, 2003.
- (46) Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz., Coll. Précis, 6^e éd.2006.
- (47) Camille MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, LexisNexis Litec, 2009.
- (48) Jean-Charles ASSELAIN, *Histoire économique du XXe siècle : La*

- réouverture des économies nationales (1939 aux années 1980)*, Presses de Sciences Po & Dalloz, 1995.
- (49) Mireille DELMAS-MARTY et Stephen BREYER (dir.), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France – Etats-Unis*, volume 18 (Université de Paris1/CNRS UMR 8103), Société de législation comparée, 2009.
- (50) Montesquieu, *De l'Esprit des lois, I*, Editions Gallimard, 1995.
- (51) Sophie ROBIN-OLIVIER, Daniel FASQUELLE (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire – une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2008.
- (52) Dominique BRAUT, *Droit de la concurrence comparé – vers un ordre concurrentiel mondial ?*, Edition Economica, 1995.
- (53) Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, édition PUF, 2009.
- (54) Mireille Delmas-Marty et Pierre-Etienne Will, *La Chine et la démocratie*, Fayard, 2007.
- (55) Bruno Cabrillac, *Economie de la Chine*, PUF, 3^e éd., 2009.
- (56) Marie-Anne Frison-Roche, Sébastien Bonfis, *Les grandes questions du droit économique - Introduction et documents*, Guadrige/Puf, 2005.
- (57) P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, 1998.
- (58) Gérard Farjat, *Pour un droit économique*, Puf, 2004.
- (59) Paul Didier et Philippe Didier, *Droit commercial, Tome 1- Introduction générale, l'entreprise commerciale*, Economica, 2005.
- (60) Yves Guyon, *Droit des affaires, Tome 1-Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12^e éd., 2003.
- (61) Jacques Mestre et Marie-Eve Pancrazi, *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, L.G.D.J. 28^e éd., 2009.
- (62) Barthélemy Mercadal et Patrice Macqueron, *Le droit des affaires en France, principes et approche pratique du droit des affaires et des activités professionnelles*, édition Francis Lefebvre, 2005.
- (63) Michel Pédamon, *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 2^e éd., 2000.
- (64) Alessandro Stanziani (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit, XVIII^e –XX^e siècles*, L.G.D.L. 2007.
- (65) Erik Le Dolley (dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, L.G.D.J.,lextenso éditions. 2010.
- (66) Loïc Cadiet, *Ordre concurrentiel et justice*, in *L'ordre concurrentiel* (Mélanges en l'honneur d'A. Piovano), Paris, Frison-Roche, 2003.
- (67) Jean Carbonnier, *Droit civil-Introduction*, 26^e éd. refondue, PUF. 1999.
- (68) Barthélémy COURMONT, *L'Asie orientale face aux périls des nationalismes*. Edition Lignes de Repère, 2006.
- (69) François Gipouloux, *La Chine du 21^e siècle -- Une nouvelle superpuissance ?* Armand Colin, 2006.
- (70) Asie 21- FUTURIBLES, Groupe d'étude prospective sur l'Asie : *La Chine à l'Horizon 2020* ; l'Harmattan, 2006.
- (71) Jean-Pierre CABESTAN et Benoît VERMANDER, *La Chine en quête de ses frontières : la confrontation Chine-Taïwan* ; les Presses de Science Po, 2005.
- (72) Catherine Coulomb, *Chine, le nouveau centre du monde*, édition de l'aube, 2007.
- (73) Yunnan Shi et Françoise Hay (dir.), *La Chine : forces et faiblesses d'une économie en expansion*, Collection économie et société. Presse Université de

- Rennes 2006.
- (74) Rapports et études de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris : développer et entreprendre : *Inde et Chine, Entreprendre dans les pays émergents à forte croissance*, La documentation française, juin 2007.
- (75) François Lemoine, *L'économie de la Chine*, Editions La découverte, 2006.
- (76) Angus Maddison, *L'économie chinoise- Une perspective historique*, OCDE 2007.
- (77) Philippe Béraud et Sophie Changeur (dir.), *La Chine dans la mondialisation : Marchés et stratégies*. Edition Maisonneuve & Larose, 2007.
- (78) Michel AGLIETTA et Yves LANDRY, *La Chine vers la Superpuissance*, édition, ECONOMICA, 2007.
- (79) Gérard CORNU, Jean FOYER, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd., 1996.
- (80) Gérard COUCHEZ, *Procédure civile*, Sirey, 15^e éd., 2008.
- (81) François Mélin, *Les programmes de clémence en droit de la concurrence : droit français et droit communautaire*, JOLY éditions, 2010.
- (82) Antoine Kernén, Jean-Louis Rocca, *La réforme des entreprises publiques en Chine et sa gestion sociale--Le cas de Shenyang et du Liaoning*. CERI / FNSP Centre d'études et de recherches internationales Fondation nationale des sciences politiques.

Thèses :

- (83) Marielle MARTIN, *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives*, dirigée par M. Louis VOGEL, présentée et soutenue publiquement le 27 novembre 2009.
- (84) Anne Chareyre de Beaumont, *Droit de la concurrence et Globalisation*, thèse doctorale de l'Université Panthéon-Assas, dirigée par M. Louis VOGEL.
- (85) Muriel CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations - Nouvelle bibliothèque de Thèse*, Dalloz, 2004.
- (86) Camille MARECHAL, *L'évolution des droits de propriété intellectuelle sous l'effet du droit de la concurrence*, thèse doctorale de l'Université Panthéon-Assas, dirigée par M. Georges BONET. Soutenue le 27 novembre 2007.
- (87) Anne-Sophie CHONÉ, *Les Abus de domination : Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, thèse doctorale de l'Université Panthéon-Assas, dirigée par M. Bernard TEYSSIE, présentée et soutenue le 7 juillet 2009.
- (88) Laure-Élise CHERRIER, *Etude comparée des accords entre concurrents : la règle de raison, vers une méthode d'analyse de droit de la concurrence communautaire et américain*, thèse doctorale de l'Université Panthéon-Sorbonne, dirigée par Mme. Horatia MUIR-WATT, présentée et soutenue le 8 décembre 2006.
- (89) ZHANG Li, *Le Contrôle Juridictionnel de la Légalité des Actes Administratifs en Chine-éléments d'analyse comparée des contentieux administratifs chinois et français*, thèse doctorale de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, dirigée par M. Gérard TIMSIT, soutenue le 16 février 2007.
- (90) SHI Jiayou, *La codification du droit civil chinois : au regard de l'expérience française*, thèse de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, dirigée par Mme. Mireille DELMAS-MARTY, soutenue le 1^{er} juillet 2006.
- (91) Caroline THAIÏ, *L'entrée de la Chine à l'OMC: Entre Ouverture du Marché Intérieure et Libéralisation contrôlée*, mémoire, Bibliothèque CUJAS, 2001-

2002.

Périodiques français :

- (1) Marie MALAURIE-VIGNAL, Adaptation du droit français de la concurrence, LexisNexis JurisClasseur Contrats Concurrence Consommation n°12, décembre 2004, comm.178.
- (2) Geoffroy de VRIES, *Investissements étrangers en France : le nouveau régime issu du décret du 30 décembre 2005*, JCP/La Semaine Juridique-Edition Entreprise et Affaires, n°22, 1^{er} juin 2006.
- (3) Bernard BOULOC, *La modernisation du droit pénal de la concurrence*, Revue Lamy de la Concurrence, Avril /juin, 2006, N° 7.
- (4) François SOUTY, *La State Action Doctrine aux USA : Contribution aux réflexions sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles d'origine publique*, Concurrences, n°4-2006.
- (5) Jean-Patrice de la Laurencie, *Le Contrôle des Concentrations*, in «Antitrust between EC Law and National Law», edited by Enrico Adriano Raffaelli. Bruylant ;Treviso, 13-14 May 1999.
- (6) François SOUTY, *Répartition des pouvoirs entre autorités de concurrence : Approche comparée des pays du G7*, Concurrences, n°2-2007.
- (7) Brault D. et Chang J., *La loi antimonopoles de la RPC, simple façade ou nouvel outil de développement ?* RLC 2008 /14, n°1037.
- (8) Mathieu CARDON, *Microsoft, la Commission et le juge communautaire*, Revue Lamy de la Concurrence -2008-10.
- (9) Catherine PRIETO, *La Politique européenne de concurrence relative aux transferts de technologie dans une perspective transatlantique*, in Europe n°1, janvier 2005.
- (10) Laurence IDOT, *Abus de position dominante : du nouveau sur la conciliation entre concurrence et droit de propriété intellectuelle*, in Europe n°6, janvier 2004.
- (11) François SOUTY, *Chine : La loi anti-monopole du 30 août 2007 et l'émergence d'un droit chinois moderne de la concurrence*, Concurrences n° 4-2007.
- (12) George DECOCQ, *Concurrence déloyale et pratiques restrictives*, in La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°30, le 23 juillet 2009.
- (13) Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *La Cour protège les droits de propriété intellectuelle dans le conflit entre droit de propriété intellectuelle et droit de la concurrence*, in Contrats Concurrence Consommation, n°8, août 2004, comm.128.
- (14) Laurence IDOT, *La réforme du droit antitrust en Europe : un an de pratique-A propos du colloque de Bruxelles des 10-11 mars 2005*, in LexisNexis JurisClasseur Europe n°4, avril 2005, Etude 4.
- (15) Michael Wise, *Droit et politique de la Concurrence en Allemagne*, in Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, Vol. 7, n°2, OCDE 2005.
- (16) Laurence IDOT, *Le Livre vert de la Commission relatif aux actions en dommages et intérêts pour ententes et abus de position dominante...et maintenant ?*, in LexisNexis JurisClasseur Europe n°7, Juillet 2006, alerte 32.
- (17) Nadia EL BAROUDI-KOSTRIKIS, *L'application du droit communautaire des ententes aux accords de transfert de technologie*, in Propriété industrielle n°11, novembre 2008.

- (18) Marie MALAURIE-VIGNAL, *Rapports entre concurrence déloyale et contrefaçon*, LexisNexis JurisClasseur Contrats Concurrence Consommation, n°10, Octobre 2008. comm.241.
- (19) Laurence IDOT, *Aperçu du nouveau régime des accords verticaux*, in LexisNexis JurisClasseur Europe n°7 juillet 2010, étude 8.
- (20) Laurence IDOT, *Un nouveau réseau européen...Trans Europe Experts*, in LexisNexis JurisClasseur, Europe n°4, avril 2010, alerte 7.
- (21) François SOUTY, *Politique internationale (Chroniques) : Droit antitrust-Sherman Act, Section II- Monopolisation privée – Tentative de monopolisation privée- Abus de position dominante- Comportements unilatéraux : le Département américain de la Justice publie un rapport sur les comportements unilatéraux*, Concurrences, n°4-2008.
- (22) Marie MALAURIE VIGNAL, *Sur les aspects concurrentiels du projet de loi de modernisation de l'économie*, LexisNexis JurisClasseur Contrats Concurrence Consommation n°7, Juillet 2008, repère 7.
- (23) Edith BACCICHETTI, *Droit des pratiques anticoncurrentielles et droits de propriété intellectuelle*, in La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°46, 12 novembre 2009, 2057.
- (24) François SOUTY, *Politique internationale, Comité de la Concurrence de l'OCDE – Crise économique et financière*, Concurrences, n°2-2009.
- (25) Laurence IDOT, *Aperçu du nouveau régime des accords verticaux*, LexisNexis JurisClasseur Europe n°7 juillet 2010, étude 8.
- (26) Marie MALAURIE-VIGNAL, *Etude du Règlement n°330-2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3 à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées*, LexisNexis JurisClasseur Contrats Concurrence Consommation, n°8, août 2010, étude 9.

Ouvrages anglais :

- (1) Angus Maddison, *Monitoring the World Economy 1820-1992*, OCDE, Paris, 1995.
- (2) Carlo M. Cipolla, *Before the Industrial Revolution European Society and Economy 1000 - 1700*, W.W. Norton and Co. paper, September, 1994.
- (3) Günther Hirsch, Frank Montag et Franz Jürgen Sächer, *Competition Law: European Community Practice and Procedure, article-by-article Commentary*, 2008, London, Sweet & Maxwell.
- (4) Mark R. Joelson, *An International Antitrust Primer, A Guide to the Operation of United States, European Union and Other Key Competition Laws in the Global Economy*, 3^e Edition. Kluwer Law International, 2006.
- (5) Jürgen Basedow, *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, 2007.
- (6) George Cumming, Brad Spitz and Ruth Janal, *Civil Procedure Used for Enforcement of EC Competition Law by the English, French and German Civil Courts*, Kluwer Law International, 2007.
- (7) W.Kip Viscusi, *Economics of regulation and Antitrust*, edition Massachusetts Institute of Technology, 2005.
- (8) Thomas.E.Kauper and Edward.A.Snyder, *An Inquiry into the Efficiency of Private Enforcement: Follow-on and independently Initiated Case Compared*, Georgetown Law Journal 1163, 1221 (1986).
- (9) Phillip Areeda, Louis Kaplow, *Antitrust Analysis- Problems, Text and Cases*, CITIC Publishing House, Fifth Edition, 2003.

- (10) SEUNG CHONG, *The Law and Practice of Mergers and Acquisitions in the People's Republic of China*, Oxford University Press, 2007.
- (11) E. Fox, L. Sullivan, R. Peritz, *US Antitrust in Global Context*, 2004, Thomson West.
- (12) A. Gavil, W. Kovacic, J. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, 2002, Thomas West.
- (13) Jay Dratler, Jr , *Licensing of intellectual property* , traduit par WANG Chunyan, édition de l'Université de Qinghua, 2003.
- (14) CHENG LI (editor), *China's Changing Political Landscape*, Brookings Institution Press, Washington, D.C. 2008.
- (15) Minxin PEI, *China's Trapped Transition: the limits of developmental autocracy*, Harvard University Press, 2006.
- (16) Hovenkamp H., *Federal Antitrust Policy*, West Group, 2^e éd.1999.
- (17) William Godwin, [Enquiry concerning Political Justice, and its Influence on General Virtue and Happiness](#) en 1793.
- (18) Clifford A. Jones, Mitso Masticate, *Competition Policy in the Global Trading System—Perspectives from the EU. Japan and the USA*, Kluwer Law International, 2002.

Articles anglais :

- (1) Joachim RUDO, *The 1999 Amendments to the German Act Against Restraints of Competition*, [http:// www. antitrust.de/gwb-amendment.htm](http://www.antitrust.de/gwb-amendment.htm).
- (2) Case comment: Douglas Broder and Jennifer Juste, *United States: Anti-competitive Agreements, -case: Dagher v Saudi Refining Inc (Unreported, June 27, 2005) (Sup Ct (US))*, in *European Competition Law Review*, 2005, 26 (10), N161-162.
- (3) Eric Cafritz and Omer Tene, *The New Features of French Antitrust Law*, http://www.ffhsj.com/cmemos/021102_newfeat.htm.
- (4) Case comment: Douglas F. Broder, *United States: Anti-competitive Practices, - Case: Volvo Trucks North America v Reeder-Simco GMC*, in *ECLR* 2005, 26(7), N113-114.
- (5) Case comment, Douglas Broder and Jennifer Juste, *United States: Monopolisation, case: United States v Dentsply International Inc (Unreported, February 24, 2005) (3d Cir (US))*, *ECLR* 2005, 26(10), N162-163.
- (6) Case comment: Douglas Broder and Justin Roeber, *United States : Procedure-Territoriality, case : Empagran SA v F Hoffman La Roche Ltd (Unreported, June 28, 2005) (DC Cir (US))*, *ECLR* 2005, 26(11), N174-175.
- (7) Laurence Idot, *A Necessary Step Towards Common Procedural Standards of Implementation for Articles 81 & 82 EC without the Network*, *EUI-RSCAS/EU Competition Law and Policy Workshop/Proceeding*, 2002.
- (8) Eric Morgan De Rivery and Vincent Guerard, *Case n° Comp/M.3410 (October 8, 2004) - Total/Gaz de France: Merger control as a tool to greater liberalization in the gas sector*, *ECLR* 2005, 26(11), 624-637.
- (9) Bruce M. Owen, Su Sun and Wentong Zheng, *Antitrust in China: the Problem of incentive compatibility*, in *Journal of Competition Law & Economics*, March, 2005.
- (10) Kyriakos Fountoukakos and Stephen Ryan, *A new substantive test for EU merger control*, *ECLR* 2005, 26(5), 277-296.

- (11) Sylvie Maudhuit, Trevor Soames, *Changes in EU merger control*, ECLR 2005, 26(2), 75-82.
- (12) John Kallaughar, Andreas Weitbrecht, *Developments under articles 81 and 82 EC-the Year 2004 in Review*, European Competition Law Review, 2005, 26 (3), 188-197.
- (13) Alan Riley, *EC antitrust modernisation : the Commission does very nicely-Thank you !*, European Competition Law Review, 2003, 24(11,12),604-615, 657-672.
- (14) M.Alfter, J.Young, *Economic analysis of cartels-Theory and Practice*, ECLR, 2005, 26(10), 546-557.
- (15) George Metaxas, Hector Armengod, *EC merger regulation and the status of ancillary restrictions: Evolution of the European Commission's Policy*, ECLR, 2005, 26(9), 500-506.
- (16) Luca G., Radicati di Brozolo, Magnus Gustafsson, *Full-Function joint ventures under the merger regulation: the need for clarification*, ECLR, 2003, 24(11), 574-579.
- (17) Renato Nazzini, *International arbitration and public enforcement of competition law*, ECLR, 2004, 25(3), 153-162.
- (18) Ioannis Kokkoris, *The concept of market definition and the SSNIP test in the merger appraisal*, ECLR, 2005, 26(4), 209-214.
- (19) Douglas F. Broder, *United States : Mergers, Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act 1976*, ECLR, 2005, 26(5), N77-78.
- (20) Suet-Fern LEE, Mark TAN, *Joint ventures in China – Lessons to be learned from Danone versus Wahaha*, in Comparative Law Yearbook of international Business, 2009-10, p.543.
- (21) Filippo Amato, *Joint ventures and European community competition law*, in Comparative Law Yearbook of international Business, 2009-10, p.569.
- (22) .Leemore Dafney, *Estimation and Identification of Merger effects: An application to Hospital Mergers*, in Journal of Law and Economics, volume 52, n° 3, 2009, p523.
- (23) Tomas J. Philipson and Richard A. Posner, *Antitrust in the Not-for-Profit Sector*, in Journal of Law and Economics, volume 52, n°1, 2009, p.1.
- (24) Joshua S. Gans, *Concentration-Based Merger Tests and Vertical Market Structure*, in Journal of Law and Economics, volume 50, n°4 2007, p.661.
- (25) Tomaso Duso, Damien J. Neven, and Lars-Hendrik Röller, *The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data*, in Journal of Law and Economics, volume 50, n°3, 2007, p.455.
- (26) Caroline Cauffman, *Injunctions an the request of third parties in EU competition law*, in Maastricht Journal of European and comparative law, volume 17, n°1, 2010, p58.
- (27) Mieke Olaerts, *Euro-chinese company models: an exploratory journey into the position of directors, shareholders and stakeholders in Chinese and European company law*, in Maastricht Journal of European and comparative law, volume 16, n°2, 2009, p171.
- (28) Susan Beth Farmer, *The evolution of Chinese Merger notification guidelines: A work in progress integrating global consensus and domestic imperatives*, in Tulane Journal of international and comparative law, volume 18, n°1, 2009, p.1.
- (29) Loanis Lianos, *The Contribution of the United Nations to the Emergence of Global Antitrust Law*, in Tulane Journal of international and comparative law, volume 15, n°2, 2007, p.415.

- (30) Filho Calixto Salomao, *Antitrust Law, Regulatory perspectives, and economic development*, in Les Petites Affiches, n°90, 2010, pp.20-26.
- (31) Rougier-Brierre Guillaume and Lunel Arnaud, *China's new anti-monopoly law: towards a new competition regime*, in International Business Law Journal (RDAI) (Thomson Reuters, Sweet&Maxwell), March 2008, n°2, pp.185-205.
- (32) Hilmi BOLATOGLU, *The Concept of Economic Unity in Merger Cases: Lifting the Corporate Veil*, in European Competition Law Review, volume 30, 2009, p.362.
- (33) Mark Furse, *Merger control in China: the first year of enforcement*, in European Competition Law Review, volume 31, 2010, p.98.
- (34) Alan Riley, *The modernization of EU anti-cartel enforcement: Will the Commission grasp the opportunity*, in European Competition Law Review, volume 31, 2010, p.191.
- (35) Andreas Weitbrecht, *Mergers in an economic crisis--- EU merger control 2008/2009*, in European Competition Law Review, volume 31, 2010, p.276.
- (36) Qingxiu BU, *Anheuser-Busch/Inbev: the legal implication under the AML 2008*, in European Competition Law Review, volume 31, 2010, p.239.
- (37) Ulf Bernitz and Shouzhi AN, *Convergence or parallel paths? Comparison of substantive tests of merger control in the European Union in China*, in European Competition Law Review, volume 31, 2010, p.248.

Ouvrages chinois :

- (1) YU Dan, *La Réflexion sur Le Louen-yu ; La Réflexion sur Tchouang Tseu*. Publishing House de Zhong Hua (Zhong Hua Shu Ju), 2006.
- (2) LIU Baibi, LIU yongsheng, *Droit pénal économique*, Edition du Masse, 1989.
刘白笔、刘用生 著:《经济刑法学》,群众出版社,1989年版。
- (3) CHEN Xingliang, *La Science du Droit pénal économique*, Edition de la Science Sociale et Humaine de Chine, 1990.
陈兴良 著:《经济刑法学》,中国社会科学出版社,1990年版。
- (4) ZHAO Changqing, *Droit pénal économique*, Edition Chongqing, 1991.
赵长青 著:《经济刑法学》,重庆出版社,1991年版。
- (5) CHEN Zexian (dir), *Nouvelle recherche sur le droit pénal économique*, Edition du Masse en 2001.
陈泽宪 (主编):《经济刑法新论》,群众出版社,2001年版。
- (6) GONG Houjun, *Recherche sur la criminalité économique et droit pénal économique*, Edition Fangzheng Chine, en 2003.
宫厚军 著:《经济犯罪与经济刑法研究》,中国方正出版社 2003 年版。
- (7) YING Songnian, YANG Xiaojun, FANG Shirong (dir), *Droit du contentieux administratif*, Editions de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2^e éd. 2001.
应松年、杨小君、方世荣 (主编):《行政诉讼法》,中国政法大学出版社 2001 年修订,第 2 版。
- (8) LAI Yuanhe, *Nouvelle étude de la Loi du commerce équitable*, édition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 2002.
赖源河 著:《公平交易法新论》,中国政法大学出版社,元照出版公司 2002 年版。

- (9) SHI Jichun, *L'articulation et l'application de la Loi antimonopole*, édition du Système législatif de Chine, 2007.
史际春 著:《反垄断法理解与适用》, 中国法制出版社 2007 年版。
- (10) ZENG Shixiong, *Théorie du droit en dommages-intérêts*, édition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 2001.
曾世雄 著:《损害赔偿法原理》, 中国政法大学出版社 2001 年版。
- (11) HE Qinhua, XU Yongkang, *Brochure de nouvelles disciplines de la Science juridique*, Edition du Peuple Zhejiang, 1988.
何勤华、徐永康 著:《法学新学科手册》, 浙江人民出版社 1988 年版。
- (12) OU Yangtao, *Sur la Question du crime grave dans le domaine économique*, édition du Droit, 1984.
欧阳涛 著:《经济领域中严重犯罪问题研究》, 法律出版社 1984 年版。
- (13) XIE Baogui, *Condamnation du crime économique*, édition du Droit, 1988.
谢宝贵 著:《经济犯罪的定罪量刑》, 法律出版社 1988 年版。
- (14) YANG Dunxian et XIE Baogui(dir), *Droit pénal économique*, Edition du Procureur de Chine, 1991.
杨敦先、谢宝贵主编:《经济犯罪学》, 中国检察出版社 1991 年版。
- (15) CHEN Xingliang (dir), *Science du droit pénal économique (général)*, Edition de la Science sociale et humaine de Chine, 1990.
陈兴良主编:《经济刑法学(总论)》, 中国社科出版社 1990 年版。
- (16) WANG Yin, *Causes recherchées dans les crimes économiques*, édition de l'Université de Lanzhou, 1988.
王银主编等:《经济犯罪探因》, 兰州大学出版社 1988 年版。
- (17) GAO Mingxuan et WANG Zuofu, *Encyclopédie de la criminalité économique en Chine*, Edition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 1995.
高铭暄、王作富主编:《中国经济犯罪全书》, 中国政法大学出版社 1995 年版。
- (18) WANG Xiaoye, *Questions antimonopolistiques dans les concentrations des entreprises*, Edition du Système juridique, 1996.
王晓晔 著:《企业合并中的反垄断问题》, 法制出版社 1996 年版。
- (19) TIAN Futing (dir), *La théorie et la pratique des concentrations des entreprises en Chine*, édition de la Gestion de l'Economie, 1989.
田福庭 (主编):《中国企业兼并的理论与实践》, 经济管理出版社 1989 年版。
- (20) JIANG Ping et ZHAO Xudong, *Le Système de la personne morale*, édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 1994.
江平, 赵旭东 著:《法人制度论》, 中国政法大学出版社 1994 年版。
- (21) WANG Xiaoye, *Droit de la concurrence de la Communauté européenne*, édition de Système juridique de Chine, 2001.
王晓晔 著:《欧共体竞争法》, 中国法制出版社 2001 年版。
- (22) Richard A. Posner, *Antitrust Law*, traduit par SUN Qiuning, édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2001.
理查德·波斯纳:《反托拉斯法》, 孙秋宁译, 中国政法大学出版社 2001 年版。

- (23) SHANG Ming (dir.), *Compilation des droits antimonopoles des Pays et Régions principaux du monde*, édition du Droit, 2004.
尚明 (主编): «主要国家地区反垄断法律汇编», 法律出版社 2004 年版。
- (24) SHI Jiansan (dir.), *Rapport du Droit de la Fusion et de l'Acquisition de la Chine*, volume 2006, édition du Droit, 2006.
史建三 (主编): «中国并购法报告», 法律出版社 2006 年卷。
- (25) ZHENG Pengcheng, *Recherches sur des thèmes particuliers de la Loi antimonopole*, Edition du Droit, 2008.
郑鹏程 著: «反垄断法专题研究», 法律出版社 2008 年版。
- (26) ZHOU Yu, *Recherches sur le droit anmonopole*, Edition de la Science sociale de Chine, 2007. 周彧 (主编): «反垄断法律问题研究», 中国社会科学出版社 2007 年版。
- (27) SHI Jichun, *Appréhension et application de la Loi antimonopole*, Edition de China Legal Publishing House, 2007.
史际春等 著: «反垄断法理解与适用», 中国法制出版社 China Legal Publishing House, 2007 版。
- (28) SHANG Ming (dir.), *Merger Control in EU and Several Member States: Legislation and Enforcement Practice*, Edition du Droit, 2008.
尚明 (主编): «企业并购反垄断控制——欧盟及部分成员国立法执法经验», 法律出版社 2008 年版。
- (29) LIU Yan, YU Zuo, *The Effective Deterrence Mechanisme against International Cartels*, Edition de la Science sociale de Chine, 2009.
刘岩, 于左 著: «对国际卡特尔的有效威慑机制研究», 中国社会科学出版社 2009 年版。
- (30) ZHANG Qiong, *Recherche sur la théorie antimonopole*, Edition de China Legal Publishing House, 2007. 张穹著: «反垄断理论研究», 中国法制出版社 2007 年版。
- (31) YE Jun et BAO Zhi, *An Anatomy of Merger and Acquisitions of Domestic Enterprises by Foreign Investors -- From Legal Perspective*, Edition du Droit, 2007. 叶军、鲍治 著: «外资并购境内企业的法律分析», 法律出版社 2007 年版。
- (32) SHANG Ming (dir.) (organisé par la Direction de traités et de lois du ministère du commerce), *The theory of Chines Anti-Monopoly Law and Practice*, Edition de l'Université de Beijing, 2008.尚明主编: «反垄断法理论与中外案例评析», 北京大学出版社 2008 年版。
- (33) WANG Xiaoye, *Droit européen de la concurrence*, Edition de la Science sociale de Chine, 2007. 王晓晔 著: «欧共同体竞争法», 中国社会科学出版社 2007 年版。
- (34) WANG Xiaoye (dir.), *Explication détaillée de la Loi antimonopole de la R.P.Chine*, Edition de la Propriété Industrielle, 2008. 王晓晔主编: «中华人民共和国反垄断法详解», 知识产权出版社 2008 年版。
- (35) 吴伟央、贺亮、邱智源编著: «跨国公司并购法律实务», 法律出版社 2007 年版。
- (36) JI Xiaonan (dir.), *Recherches sur la Loi antimonopole de la Chine*, Edition de Cour Populaire, 2000. 季晓南主编: «中国反垄断法研究», 人民法院出版社 2000 年版。
- (37) WANG Xiaoye (dir.), *Recherches sur le droit de la concurrence*, Edition de China Legal Publishing House, 2000. 王晓晔主编: «竞争法研究», 中国法制出版社 2000 年版。
- (38) LONG Weiqiu, CHEN Qifa, *Perspective juridique du groupe des entreprises : développement dans l'annexion*, édition du Peuple de GuiZhou, 1995. 龙卫球、陈发启 著: «于联合中求发展-企业集团的法律透视», 贵州人民出版社 1995 年版。
- (39) CHEN Yunguang (dir), *Les pratiques des opérations des sociétés et la*

- responsabilité juridique*, édition de Parquet de Chine, 1996. 陈运光主编:《公司运作实务与法律责任》, 中国检察出版社 1996 年版。
- (40) LIU Hongzhong, *Recherches comparées sur les pratiques des investissements à l'étranger de la Chine et des pays étrangers*, Edition de l'Université de FUDAN, 2001. 刘红忠 著:《中国对外直接投资的实证研究及国际比较》, 复旦大学出版社 2001 年。
- (41) JIANG Xiaojuan, YANG Shengming et FEN Lei, *L'avant-poste des théories de l'économie et du commerce étrangers de la Chine (III)*, Edition de la Documentation des Sciences Sociales, 2003. 江小涓、杨圣明、冯雷 著:《中国对外经贸理论前沿 III》, 社会科学文献出版社 2003 年。
- (42) JIANG Ping, *Nouveau Manuel du Droit sur les Sociétés*, Edition du Droit, 1998. 江平 著:《新编公司法教程》, 法律出版社 1998 年版。
- (43) CHEN Hongye, *Etude sur la perte des biens étatiques dans l'investissement étranger et la prévention juridique*, Edition du Peuple Hunan, 2002. 陈宏业 著:《利用外资中国有资产流失及法律防范研究》, 湖北人民出版社 2002 年版。
- (44) ZHANG Yuanzhong, *Analyse juridique sur les questions concernant l'acquisition des entreprises d'Etat par des investisseurs étrangers*, Edition du Droit, 2004. 张远忠 著:《外资并购国有企业中的法律问题研究》, 法律出版社 2004 年版。
- (45) MAO Zedong, *Sur la révolution de la nouvelle démocratie populaire*, in *Anthologie des Oeuvres choisies de Mao Zedong*, vol. 2. 毛泽东:《新民主主义论》, 毛泽东选集第 2 卷。
- (46) CHEN Yun, *Mise en valeur de l'association d'industrie et de commerce*, in *Anthologie des œuvres choisies de CHEN Yun, Tome II*. 陈云:《做好工商联工作》, 陈云文选第 2 卷。
- (47) HAN Feng, *Fusion & Acquisition des entreprises après l'accession de la Chine à l'OMC*, Edition de la Société chinoise, 2002. 韩峰 著:《入世后的企业并购》, 中国社会科学出版社 2002 年第 1 版。
- (48) Groupe du travail législatif du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale, *Illustration des articles, du motif de législation et des Règlements corrélatifs de la Loi antimonopoles de la République Populaire de Chine de 2007*, Edition de l'Université de Beijing, 2007. 全国人大常委会法制工作委员会经济法室 著:《〈中华人民共和国反垄断法〉条文说明、立法理由及相关规定》, 北京大学出版社 2007 年版。
- (49) Centre d'étude du droit international de l'Académie chinoise de la science sociale, *Cas typiques antimonopolistiques et l'enquête et l'application de la Loi antimonopole de Chine*, Edition du droit, 2007. 中国社会科学院国际法研究中心 著:《反垄断典型案例及中国反垄断法调查》, 法律出版社 2007 年版。
- (50) Le Bureau du commerce équitable de l'Administration générale de l'Industrie et du Commerce et le Centre de recherche juridique de l'Académie des Sciences sociales de Chine, *Les cas typiques dans le domaine antimonopole et l'enquête dans l'application du droit antimonopole de Chine*, Edition du Droit, 2007. 国家工商行政管理总局公平交易局, 中国社会科学院国际法学研究中心 著:《反垄断典型案例及中国反垄断法调查》, 法律出版社 2007 年版。
- (51) XU Shiying, *Nouvelle perspective sur le droit de la concurrence*, Edition de l'Université de Beijing, 2006. 徐士英 著:《竞争法新论》, 北京大学出版社 2006 年版。
- (52) LI Jian, *Effet économique et la régularisation de la vente liée*, Edition du Parquet populaire de Chine, 2007. 李剑 著:《搭售的经济效果和法律规制》, 中国监察出版社 2007 年版。
- (53) WEN Aiguo, *L'abus et la régulation: la régulation des abus de la position dominante des entreprises par la Loi antimonopole*, Edition du droit, 2003. 文爱国

- 著:《滥用与规制:反垄断法对企业滥用市场优势地位行为之规制》,法律出版社2003年版。
- (54) WU Weida, *La compétition des prix dans la perspective de la loi antimonopole*, Edition de l'Université de Zhe Jiang, 2005. 吴伟达 著:《反垄断法视野中的价格竞争》,浙江大学出版社2005年版。
- (55) YOU Quanyong (dir.), *Recherche comparée sur le droit antimonopole*, Edition du Tribunal populaire, 2006. 游劝荣主编:《反垄断法比较研究》,人民法院出版社2006年版。
- (56) KONG Xiangjun, *Théories du droit antimonopole*, Edition du Système juridique, 2001. 孔祥俊 著:《反垄断法原理》,中国法制出版社2001年版。
- (57) SHAO Jiandong (dir.), *Cours du Droit de la concurrence*, Edition de la Propriété intellectuelle, 2004. 邵建东编著:《竞争法教程》(国家知识产权局人事司编写),知识产权出版社2004年版。
- (58) HU Kangsheng, *Illustrations sur la Loi contre la concurrence déloyale de la République populaire de Chine*, Edition du Droit, 1994. 胡康生 著:《〈中华人民共和国反不正当竞争法〉释义》,法律出版社1994年版。
- (59) CAO Shibin, *La Recherche du Droit antimonopole*, Edition du Droit, Beijing, 1997. 曹士兵 著:《反垄断法研究》,法律出版社1997年版。
- (60) CHONG Mingzhao, *Droit de la concurrence*, Edition du Droit, 2002. 种明钊 著:《竞争法》,法律出版社2002年版。
- (61) PANG Qingyan, WANG Peimin, WANG Lufeng et WANG Liping, *Droit de la concurrence : cas et interprétation jurisprudentielle*, China Economic Publishing House, 2004. 庞清燕,王裴民、王鲁峰、王丽萍 著:《竞争法:案例·学理精解》,中国经济出版社2004年版。
- (62) SHI Xianmin, *La Brèche du Régime-Recherche sur les entrepreneurs privés du district de Xicheng de Beijing*, édition des sciences sociales de Beijing, 1993, p.80. Shi Xianmin, 《体制的突破—北京市西城区个体户研究》,北京社会科学出版社,1993年版。
- (63) KONG Xiangjun, *Application et perfectionnement de la Loi contre la concurrence déloyale*, édition du Droit, 1998. 孔祥俊 著:《反不正当竞争法的适用和完善》,法律出版社1998年版。
- (64) ZHENG Chengsi, *Essais sur la propriété intellectuelle*, édition du Droit, 1998. 郑成思 著:《知识产权论》,法律出版社1998年版。
- (65) ZHENG Chengsi, *Connait l'adversaire et lui-même pour gagner la bataille de propriété intellectuelle*, édition de Propriété Intellectuelle, 2000. 郑成思 著:《知己知彼,打赢知识产权之战》,知识产权出版社2000年版。
- (66) LIU Maoling, *Analyse économique du droit de la propriété intellectuelle*, édition du Droit, 1996. 刘茂林 著:《知识产权法经济分析》,法律出版社1996年版。
- (67) CHEN Chuanfu, *Hautes technologies et droit de la propriété intellectuelle*, édition de l'Université de Wuhan, 2000. 陈传夫 著:《高新技术与知识产权法》,武汉大学出版社2000年版。
- (68) WANG Xianlin, *Propriété intellectuelle et le droit antimonopole : Etude sur la question antimonopole dans l'abus des droits de propriété intellectuelle*, édition du Droit, 2001. 王先林 著:《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究》,法律出版社2001年版。
- (69) YANG Honglie, *Histoire des pensées juridiques de la Chine*, édition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 1997. 杨鸿烈 著:《中国法律思想史》,中国政法大学出版社1997年版。

- (70) LIN Duan, *Déontologie du confucianisme et culture juridique: recherche du point de vue socialiste*, édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2002. 林端 著:《儒家伦理与法律文化:社会学观点的探索》,中国政法大学出版社 2002 年版。
- (71) Zhang Guoan, Bai Xiaodong et Lin Weiming, *Histoire du système juridique de la Chine*, édition du Parquet populaire, 2007. 张国安、白晓东、林伟明 著:《中国法制史》,中国检察出版社 2007 年第一版。
- (72) LU Xun, *A XU Shoushang*, in *Correspondances de LU Xun*, Edition de Press of Littérature, 2007. 鲁迅 著:《鲁迅书信集·第一集·致许寿裳》,北京,人民文学出版社 2007 年第 2 版。
- (73) CHENG Shude, *Histoire du système juridique de la Chine*, chapitre 4, p.20.程树德 著:《中国法制史》,
- (74) *Documents historiques pour la préparation de l'établissement de la constitution à la fin de la dynastie Qing*, Edition de Zhonghua, 1979. 《清末筹备立宪档案史料》,中华书局 1979 年版。
- (75) HE Qinhu, LI Xiuqing, *Droit étranger et Droit chinois- réflexion sur la transplantation du droit étranger dans le droit chinois au 20^e siècle*, Edition de l'Université des Sciences politique et juridique de Chine, 2002.何勤华、李秀清 著:《外国法与中国法——20 世纪中国移植外国法反思》,中国政法大学出版社 2002 年版。
- (76) *Avant-propos du Code civil de l'Allemagne fédérale*, traduit par Département du Droit de l'Institut des Sciences sociales de Shanghai, édition 1984. 上海社科院法学所译:《德意志联邦共和国民法典译序》,法律出版社 1984 年版。
- (77) *Documents de l'histoire moderne de l'éducation de la Chine*, Edition Zhonghua, 1979. 《中国近代教育史资料》上册,中华书局 1979 年版。
- (78) *Documents de l'histoire moderne de la Chine*, série, volume 2. Edition de Lumière étatique de Shenzhou, 1953. 中国近代史资料丛刊:《戊戌变法》第 2 册,神州国光社 1953 年版。
- (79) ZHONG Quanhe, *Marche vers le monde*, Edition de Maison d'édition de Zhonghua, 1985. 钟权河 著:《走向世界》,中华书局 1985 年版。
- (80) *Journaux sur le voyage de mission dans neuf pays*, volume 6, Edition Yuelu, 1986. 走向世界丛书:《出使九国日记卷六》,岳麓出版社 1986 年版。
- (81) XIE Huaishi (traducteur), *Avant-propos du traducteur du « Droit de procédure civile de la Fédérale de l'Allemagne »*, Edition du Droit, 1984. 谢怀栻译:《德意志联邦共和国民事诉讼法》“译者前言”法律出版社 1984 年版。
- (82) *Les grands systèmes de droit contemporains* de René David et Camille Jauffreyt-Spinosi (Français), Traduit par QI Zhusheng, Edition de Shanghai Translation Publishing House, 1984. [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社 1984 年版。
- (83) *La tradition jurídica romano-canonica (Historia)* de John Henry Merryman (Américain), Traduit par GU Peidong et LU Zhengping, Edition de Knowledge Publishing House, 1984 et 2004. [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,知识出版社 1984 年版(其后该书由法律出版社 2004 年再版)。
- (84) *Introduction au Droit Comparé* de René Dodièrè, Traduit par XU Baikang, Edition de Shanghai Translation Publishing House, 1989. [法]罗迪埃:《比较法导论》,徐百康译,上海译文出版社 1989 年版。
- (85) *Rechtsvergleichung im deutschen hochschulunterricht* de Konrad Zweigert et Hein Kots, Traduit par PAN Handian, Edition de Guizhou people's Publishing House, 1992. [德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社 1992 年版。

- (86) *The Making of the Civil Law* d'Alan Watson, Traduit par LI Jingbing et YAO Xinhua, Edition de l'Université des Sciences politiques et politiques de Chine, 1992. [美]沃森:《民法法系的演变与形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社 1992 年版。
- (87) *Comparative Legal Cultures* de Henry.W. Ehrman, Traduit par HE Weifang et GAO Hongjun, Edition de Beijing Sanlian Publishing House, 1990. [美]H. W. 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,北京三联书店 1990 年版。
- (88) *Macht und ohnmacht der Rechtsvergleichung* de Bernhard Grossfeld, Traduit par SUN Shiyan et YAO Jianzong, Edition de l'Université de Qinghua, 2002. [德]格罗斯菲尔德:《比较法的力量与弱点》,孙世彦、姚建宗译,清华大学出版社 2002 年版。
- (89) *State and Law in the Development Process* de Ann Seidman et Robert B. Seidman. Traduit par FENG Yujun et YU Fei, Edition du Droit, 2006. [美]安·塞德曼、罗伯特·塞德曼:《发展进程中的国家与法律》,冯玉军、俞飞译,法律出版社 2006 年版。
- (90) GONG Pixiang, *La révolution juridique en Chine moderne*, Edition du Droit, 1999. 公丕祥 著:《当代中国的法律革命》,法律出版社 1999 年版。
- (91) ZHANG Zhongqiu, *Etude comparée des cultures juridiques chinoises et occidentales*, Edition de l'Université de Nanjing, 1991. 张中秋 著:《中西法律文化比较研究》,南京大学出版社 1991 年版。
- (92) FAN Zhongxin, *Similarités coïncidentes et différences entre les cultures juridiques chinoises et occidentales*, Edition de l'Université des Sciences politiques et juridique de Chine, 2001. 范忠信 著:《中西法文化的暗合与差异》,中国政法大学出版社 2001 年版。
- (93) MI Jian, *La Loi est la Voie*, édition de Shangwu Pressing House, 2006. 米健著:《法以载道》,商务印书馆 2006 年版。
- (94) NI Zhengmao, *Recherches analytiques du droit comparé*, édition de Système juridique de la Chine, 2006. 倪正茂 著:《比较法学探析》,中国法制出版社 2006 年版。
- (95) MIAO Yanbo, *The Study of Chinese Commercial Law System*, Law Press-China. 苗延波 著:《中国商法体系研究》,法律出版社 2007 年版。
- (96) LAI Yuanhe, *Evolution de la Loi des sociétés de Taiwan*, in « Recherches sur la loi des sociétés dans les deux côtes de Chine » dirigées par JIANG Ping et LAI Yuanhe, Edition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2003. 赖源河 著:“台湾公司法之沿革与课题”,载江平 赖源河主编:《两岸公司法研讨》,中国政法大学出版社 2003 年版。
- (97) WU Chuanyi, *Droit comparé de faillite*, édition de la Maison des affaires commerciales, 1946. 吴传颐 著:《比较破产法》,商务印书馆民国三十五年版。
- (98) XIE Zhenmin, *Histoire de la législation de la République de Chine*, édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000. 谢振民 著:《中华民国立法史》,张知本校订,中国政法大学出版社 2000 年版。
- (99) GAO Zaimin, *Concepts du droit commercial et droit commercial de concepts*, édition Shaanxi People's Publishing House, 2000. 高在敏 著:《商法的理念与理念的商法》,陕西人民出版社 2000 年版。
- (100) LIANG Huixing, *Droit civil général*, édition du Droit, 1996. 梁慧星 著:《民法总论》,法律出版社 1996 年版。
- (101) WANG Liming, *Recherches sur les problèmes cruciaux et difficiles dans la codification du droit civil chinois*, édition du Droit, 2006. 王利明 著:《我国民法典重大疑难问题之研究》,法律出版社 2006 年版。

- (102) GONG Pixiang, *Recherche de la modernisation du système juridique*, édition de l'Université de Nanjing, 1995, p335. 公丕翔 著:《法制现代化研究》, 南京大学出版社 1995 年版。
- (103) GONG Pixiang, *Logique théorique de la modernisation du système juridique*, édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 1999. 公丕翔 著:《法制现代化的理论逻辑》, 中国政法大学出版社 1999 年版。
- (104) ZHANG Guojian, *Etude du droit des affaires*, édition de Taiwan Tree democracy publishing House, 1978. 张国键 著:《商事法论》, 台湾三民书局 1978 年版。
- (105) LI Changqi (dir.), *Réflexion et perspective du gouvernement l'Etat selon le droit économique*, édition du Droit 2001. 李昌麒主编:《中国经济法治的反思与前瞻》, 法律出版社 2001 年版。
- (106) LI Yongjun, *Régime du droit des faillites*, édition du Régime juridique de Chine, 2000, 1^e édition. 李永军 著:《破产法律制度》, 中国法制出版社 2000 年 1 月版页。
- (107) Ministère du Front-Uni de Chine, *Compilation des Affaires des Ethnies en Chine*, tome 1, édition l'Ecole des Membres du Parti communiste du Comité central du PCC, 1991. 中共中央统战部:《民族问题文献汇编》, 北京中共中央党校出版社 1991 年版。
- (108) WANG Chuanlun et GAO Peiyong, *Théorie Contemporaines Occidentales de l'Economie et la Finance*, Edition des Affaires Commerciales, 1995. 王传纶, 高培勇 著:《当代西方财政经济理论(上)》, 商务印书馆 1995 年版。
- (109) Samuelson Nordhaus, *Economie*, traduit par XIAO Shen, édition Hua Xia, 1998. 萨缪尔森·诺德豪斯:《经济学》, 萧琛等译。北京:华夏出版社 1998 年版。
- (110) W. E. Harald, *New Capitalism*, Edition Documents des Sciences Sociale, Beijing, 1999, p.320. 哈拉尔:《新资本主义》, 社会科学文献出版社 1999 年版。
- (111) CHEN Dongqi, *L'intervention nouvelle du Gouvernement*, Edition de l'Université du Commerce de la Capitale. 2000. 陈东琪 著:《新政府干预论》, 首都经济贸易大学出版社 2000 年版。
- (112) WANG Xiaoye (dir.), *Points chauds dans la législation chinoise*, édition de Documentation Chinoise, 2007. 王晓晔主编:《反垄断立法热点问题》, 中国社科文献出版社 2007 年版。
- (113) Compilation des règles et des lois de Grand Qing, Tome 9. edition KaoZheng de Taiwan, 1972. 《大清法规大全》卷九, 考正出版社民国六十一年版。

Périodiques chinois :

- (1) JIANG Yanbo, *La Conception du Système judiciaire de la Loi antimonopole de Chine*, in «Les Juristes», 2008, n°1. 蒋岩波:《我国反垄断法的司法制度构想》, 载于《法学家》2008 年第 1 期。
- (2) CONG Shujuan et KANG Chengjie, *Sur le Système des Dommages-intérêts dans la Loi antimonopole de Chine*, in «Tribune de l'Industrie et la Science», Tome 7, 2008-2. 丛淑娟, 康承杰:《论反垄断法的损害赔偿》, 载于《产业与科技论坛 Industrie & Science Tribune》2008 年第 7 卷第 2 期。
- (3) HUANG Yong, *Quelques réflexions sur l'application juridictionnelle de la loi antimonopole*, in «Points chauds dans la législation chinoise», dirigé par WANG Xiaoye, édition de Documentation Chinoise, 2007. 黄勇:《反垄断法司法实施的若干问题》, 载于《反垄断立法热点问题》, 中国社科文献出版社 2007 年版, 王晓晔主编。
- (4) QIU Ben, *Suppositions sur les Organes éventuels antimonopoles de la Chine*, in

- «Revue de la Science Juridique», 1999, n°1. 邱本：《我国反垄断执行机关的设想》，载于《法学杂志》，1999年第1期。
- (5) LIU Lan, *A propos du 'Règlement sur la classification des causes du procès civil'*, site : <http://www.lawyerwq.com/n8415c44.aspx>. 刘岚，最高人民法院民三庭负责人答记者问，《依法保护市场竞争，维护经济发展秩序》。
- (6) CHEN Hongling, LI Wanshou et XING Yanling, *Sur les systèmes étrangers de la responsabilité juridique en droit de la concurrence*, in «Science juridique contemporaine», n° 9-2001. 陈洪玲,李万涛,邢延龄：《论国外反垄断法的法律责任制度》，载于《当代法学》，2001年第9期。
- (7) DONG Pei, *L'étude de la responsabilité civile en droit antimonopole – un regard sur l'article 50 de la Loi antimonopole de 2007*, in «Revue de l'étude du commerce de l'Université de Guangdong», n°2, 2008. 董沛：《反垄断法民事责任研究——兼论〈反垄断法〉第五十条》，载于《广东商学院学报》，2008年第2期。
- (8) LI Guohai, *L'étude comparée des systèmes des dommages-intérêts en droit antimonopole*, in «Etude du Commerce», n°6, 2004. p24. 李国海：《反垄断法损害赔偿制度比较研究》，载于《法商研究》，2004年第6期。
- (9) LI Junfeng, *Etude sur la question du montant des dommages-intérêts en contentieux concurrentiel*, in «Etude du Droit Comparé», 2007, n°4. 李俊峰：《垄断损害赔偿倍率问题研究——兼论我国反垄断法草案的相关制度选择》，载于《比较法研究》，2007年第4期。
- (10) XIA Jixian, *Analyse sur le crime économique dans le régime économique du commerce*, in «Science juridique», 1987, n°2. 夏吉先：《析商品经济体制下的经济犯罪》，载于《法学》，1987年第2期。
- (11) SHAO Jiandong, *La Chine doit instituer le régime de la sanction pénale dans la Loi antimonopole*, in «Revue académique de l'Université de Nankin (science humaine, sociale et philosophique)», 2004. 4°. 邵建东：《我国反垄断法应当设置刑事制裁制度》。载于《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学版）》，2004年第4期。
- (12) LI Guohai, *Sur le principe de la circonspection de sanction pénale dans l'application de la loi antimonopole- la dépenalisation dans le droit antimonopole*, in «Etude du droit et du commerce», 2006, N°1. 李国海：《论我国反垄断法中的慎刑原则——兼论我国反垄断立法的非刑事化》，载于《法商研究》，2006(1)。
- (13) ZHU Ciwun, *Réfléchir sur l'antimonopole, il faut instituer un système modéré du droit antimonopole en Chine*, in «Revue académique de l'Université QingHua», 2003, n°2. 朱慈蕴：《反思反垄断：我国应当建立温和型的反垄断制度》，载于《清华大学学报》，2003(2)。
- (14) WANG Xuegong, *Etude historique sur la formation des Groupes des entreprises*, <http://61.138.111.246/xxxx/pages/pagelist.jsp?id=11399>. 王学工：《我国企业集团的演化历程研究》。
- (15) SUN Xiaoliang, *Sur le Groupe d'entreprises et son développement en Chine*, in «La Réforme», 1989, n° 6. 孙效良：《论我国企业集团及其发展》，载于《改革》1989年第6期。
- (16) CHEN Jianping, *L'analyse des formes juridique du groupe des entreprises*, in «Revue Politique et Droit », n°2, 1988. 陈剑平：《析企业集团的法律形式》，载于《政治与法律》1988年第2期。
- (17) WANG Baoshu, *L'événement de Konzern de la coalition des entreprises en Chine et les contre-mesures*, in «Etude de la Science juridique», 4°, 1990. 王保树：《我国企

- 业联合中的康采恩现象及其法律对策》，载于《法学研究》1990年第4期。
- (18) LI Baomin, *La formation et la perspective de la politique de l'investissement outre-mer de la Chine*, in «Bonnes Pratiques de l'Economie et du Commerce étranger», 2008. n° 4. 李保民：《中国对外投资的政策形成与展望》，载于《对外经贸实务》2008年第04期。
- (19) CHENG Siwei, *Comment sortir de la maison pour les entreprises chinoises*, in «Quotidien du Peuple» («People's Daily Overseas Edition»), le 14 décembre 2009. 成思危：《企业如何“走出去”》，载于《人民日报海外版》，2009年12月14日。
- (20) XU Jing et ZHU Qirong, *Les problèmes du système de la politique de l'investissement outre-mer*, in «Coopération économique internationale», 2008, n°5. 徐婧，朱启荣：《海外投资政策体系的问题与对策》，载于《国际经济合作》2008年第5期。
- (21) LIU Junhai, *Sur la théorie de la fictivité des sociétés dans la nouvelle loi sur les sociétés*, le 7 décembre 2007, <http://www.civilaw.com.cn/article/default.asp?id=36244>. 刘俊海：《论新公司法中的揭开公司面纱制度》2007年12月7日。
- (22) ZHANG Zhenguo et ZONG Yanyan, *L'embaras de la théorie de la fictivité des sociétés dans la pratique judiciaire en Chine*, le 28 novembre 2009, <http://www.studa.net/company/091128/13291385-2.html>. 张振国，宗艳艳：《论揭开公司面纱制度在我国司法实践中的困境》，2009年11月28日。
- (23) LI Xiaobai, *Quelques réflexions sur la théorie de la fictivité des sociétés*, in «Système législatif et la société», 2009, n°28. 李潇白：《揭开公司面纱制度若干问题思考》，载于《法制与社会》，2009年第28期。
- (24) WANG Xiaoye, *Commentaire sur la concentration entre acteurs économiques au regard de la Loi antimonopole*, in «Revue de la Science juridique», 2008, n°1. 王晓晔：《“中华人民共和国反垄断法”中经营者集中的评析》，载于《法学杂志》，2008年第1期。
- (25) ZHANG Yuzhe, *La législation de la Loi antimonopole a difficulté de déchirer les beaux draps de monopole naturel*, in «Revue de Finance et d'Economie», le 23 août 2007. 张宇哲：《反垄断立法难解自然垄断困局》，载于《财经》，2007年8月23日。
- (26) WANG Xiaoye, *Application extraterritoriale de la Loi antimonopole chinoise*, in «Journal of Shanghai University of Finance and Economics», vol. 10, n°1, fevr.2008. 王晓晔：《我国反垄断法的域外适用》，载于《上海财经大学学报》，2008年2月，10卷第1期。
- (27) MEI Xinyu, *Lacunes et remèdes relatives aux dispositions antimonopoles du règlement sur l'acquisition des entreprises chinoises par des investisseurs étrangers de la Chine*, in «International Trade», 2007. n°12. 梅新育：《中国外资并购反垄断条款的缺陷及其弥补》，载于《国际贸易》2007年第12期。
- (28) WANG Xianlin, *Sur l'abus de position dominante et sa régulation*, in «Revue de recherche de l'administration de l'industrie et du commerce de Chine», 2000, n°6. 王先林：《论市场支配地位及其滥用的规制问题》，载于《中国工商管理研究》2000年第6期。
- (29) *Un abaissement de manière importante du prix des marchandises et services dans l'aéroport de Beijing*, in «Journal de Nouvel Beijing», le 12 décembre 2007. 《首都机场商品价格大幅下调》，载于《新京报》2007年12月12日。
- (30) XU Guangyao, *Analyse sur les articles concernant les accords monopolistes dans la Loi antimonopole de Chine*, in «Revue de la Science juridique», 2008, n°1. 许光耀：《〈反垄断法〉中垄断协议诸条款之评析》，载于《法学杂志》，2008年第1期。
- (31) WANG Changqiu, *Analyse sur les accords monopolistes de la Loi antimonopole*, in «Revue de la Science juridique», 2008, n°1. 王长秋：《我国〈反垄断法〉“垄断协议”解

- 析》，载于《法学杂志》，2008年第1期。
- (32) JIANG Wuzhen, *La clause de la protection du commerce dans l'application de la Loi antimonopole*, in «Commerce international», 2008, n°12. 蒋悟真：《反垄断法实施中的贸易保护条款》，载于《国际贸易》，2008年第2期。
- (33) ZHOU Guo, *Réflexion déontologique sur le droit de la concurrence*, in «Etude de la Science juridique», 2009, n°2. 周帼：《竞争法德伦理审视》，载于《法学研究》2009年第2期。
- (34) WANG Yanlin, LI Bin, *Définition des notions essentielles du droit chinois de la concurrence et sa portée législative*, in «Revue académique de l'Institut de Science politique de Henan», 2005, n°1. 王艳林、李彬：《中国竞争法基本范畴的确立及其对立法的意义》，载于《河南政法管理干部学院学报》，2005年第1期。
- (35) ZHENG Youde et WU Chunyan, *Dix questions posées sur la modification de la Loi contre la concurrence déloyale de Chine*, in «Science du Droit», 2009, n°1. p61. 郑友德，伍春艳：《我国反不正当竞争法修订十问》，载于《法学》2009年第1期。
- (36) SHAO Jiandong, *Sur le rabais et la concurrence déloyale*, in «Revue de l'Université de Nanjing (édition de la philosophie, la science humaine et la science sociale)», 2002, n°2, Volume 146. 邵建东：《论折扣与不正当竞争》，载于《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2002年第2期(总146期)。
- (37) *Lubrifiant ou Corrodant ? le Problème existant dans la commission dans la municipalité de Nantong*, in «Quotidien du Peuple», le 4 juin 1993. 《是润滑剂，还是腐蚀剂？——南通市回扣中存在的问题》，载于《人民日报》1993年6月4日。
- (38) *Le Trou noir du Supermarché*, in «Journal d'Observateur économique», le 8 avril 2002. 《超市黑洞》，载于《经济观察报》2002年4月8日。
- (39) *La nuisibilité du droit antimonopole*, in «Website de l'Information de la macroéconomie de la Chine», le 19 avril 2001. 《反垄断法的危害》，载于《中国宏观经济信息网》2001年4月19日。
- (40) *Retardez impérativement l'adoption de la loi antimonopole*, in «Journal de l'économie chinoise» : <http://www.cet.com.cn>. 《反垄断法应暂缓出台》，载于《中国经济时报》。
- (41) ZHANG Weijun, *Le Sens d' 'Abus des droits de propriété intellectuelle' dans la Loi antimonopole de Chine*, in «World Trade Organisation Forum», n° 3, 2008. 张伟君：《滥用知识产权在中国<反垄断法>中的含义》，载于《世界贸易组织动态与研究》，2008年第3期。
- (42) WANG Xianlin, *Contrôle antimonopole de l'exercice des droits de propriété intellectuelle- Compréhension et application de l'article 55 de la Loi antimonopole*, in «Juristes», 2008, n°1. 王先林：《知识产权行使的反垄断法规制——<反垄断法>第55条的理解与适用》，载于《法学家》，2008年第1期。
- (43) ZHANG Keren et WANG Yumin, *Contrôle transfrontalier des abus de droits de propriété intellectuelle par le droit antimonopole*, in «Développement économique et social», juin, 2008, vol.6, n°6. 张可人，王育民：《浅论反垄断法对知识产权滥用的跨境规制》，载于《经济与社会发展》，2008年6月，6卷第6期。
- (44) YUE Yanxia, DU Jingjing, *Contrôle antimonopole des accords multipartites dans la standardisation technique*, in «Commerce Business et Industrie moderne», 2008, n°12. 岳艳霞，杜晶晶：《技术标准中专利联营的反垄断法规制》，载于《现代商贸工业》，2008年第12期。
- (45) LI Yujian, XUAN Guolian, *Accords multipartites de licence : un nouveau terrain de la recherche de la stratégie associée*, in «Economie de l'Industrie de la

- Chine», 2004, n°2. 李玉剑, 宣国良: « 专利联盟: 战略联盟研究的新领域 », 载于《中国工业经济》, 2004年第2期。
- (46) ZHANG Ping, LIU Chao, *Réflexion sur l'affaire PhilipDVD/3C*, in « Propriété intellectuelle dans le domaine électronique », 2007, n°5. 张平, 刘朝: « 飞利浦 DVD/3C 公益专利无效请求案的思考 », 载于《电子知识产权》2007年5月。
- (47) LI Yan et LUO Shenghua, *Analyse juridique sur l'acte déloyal de cyberlien sur l'Internet*, in « Journal du Tribunal Populaire », le 11 août 2001. 李艳, 罗胜华: 《网络中不正当超链接行为的法律分析》, 载于《人民法院报》, 2001年8月11日。
- (48) XU Xianming, *Sur la formation et la perfection du système juridique socialiste de la Chine*, in « Journal de la Lumière », le 12 mars 2009. 徐显明: 《论中国特色社会主义法律体系的形成和完善》, 载于《光明日报》, 2009年3月12日。
- (49) WANG Limin, *L'influence du droit allemand sur la formation du système juridique chinois contemporain*. 王立民: « 关于清末德国法对中国近代法制形成影响 »。
- (50) HE Qinhu, *La transplantation juridique et la localisation juridique*, in « Orthodoxy de la procédure juridique », Edition du Droit, 2003. 何勤华: 《法的移植和法的本土化》, 载于北京大学法学院编《程序的正统性》, 法律出版社2003年版。
- (51) HE Weifang, *Méthodologie de l'étude comparée de culture juridique*, in « Science juridique chinoise et étrangère », 1992, n°1. 贺卫方: 《比较法律文化的方法论问题》, 载于《中外法学》, 1992年, 第1期。
- (52) LI Liangui, *Evolution du droit chinois moderne et l'influence japonaise*, in « Etude sur le droit comparé », 1994, n°1. 李连贵: 《近代中国法律的变革与日本影响》, 载于《比较法研究》, 1994年第1期。
- (53) Norl, *Transplantation juridique et l'acceptation du droit allemand par la Chine avant 1930*, traduit par LI Liqiang (traducteur), in « Etude du droit comparé », 1984, n°2. (德) 诺尔著, 李立强等译: 《法律移植与1930年前中国对德国法的接受》, 《比较法研究》, 1984年第2辑。
- (54) FENG Yujun, *Pénétration du droit occidental au système juridique oriental: le regard rétrospectif et la perspective de la transplantation juridique du droit étranger par la Chine*.
<http://www.dffy.com/bbs/dispbbs.asp?boardid=3&Id=6007&page=63> 冯玉军: 《西法东渐与学术自觉: 中国移植外国法研究的回顾与展望》。
- (55) JIN Zhenchao, *L'influence de la transplantation du droit occidental sur la culture juridique traditionnelle de la Chine en fin de dynastie Qing*, in « Journal de l'Université d'Agriculture de Chine-sud (sciences sociales et humaines) », 2005, n°4. 金振朝: « 论清末西方法律的植入对中国法律文化传统的影响 », 载于《华中农业大学学报》(社会科学版), 2005年第4期。
- (56) *Aspiration de la justice dans la répartition des richesses*, in « Journal de l'Education chinoise », le 5 juillet 2010. « 财富分配的正义诉求 », 载于《中国教育报》, 2010年7月5日。
- (57) WANG Feng, Qin Yuxiang, *Recherche préliminaire comparée de l'édification du modèle juridique européen et chinois*. 王峰, 秦玉香, « 浅论大陆法系与中国法制模式的确立 »。
<http://www.fzzg818.com/lilun/2009-09-01/63.html>. 2009-09-01.
- (58) HUANG Rongsen, *Séparation et unification du droit commercial et le droit civil, -Réflexion sur la modalité législative du droit commercial de la Chine*, in « Revue académique de l'Université normales supérieure de Guangxi », 1999, n°2. 黄榕森: « 民商合一与民商分立---对我国商事立法模式的再思考 », 载于《广西师范大学学报》, 1999年第2期。

- (59) WEI Zhenyin et QIAN Qiangbo, *Economie de marché et esprits du droit civil*, in « Science juridique chinoise et étrangère », 1995, n°5. 魏振瀛、钱强波：“市场经济与民法观念”，载于《中外法学》，1994年第5期。
- (60) ZHANG Jiawen, *Pour codifier le droit civil, nous devons nous en tenir au principe de l'unification du droit civil et du droit commercial*, in « Revue académique de l'Institut de cadres de gestion et de politique et juridique de Shanxi », 2001, n°3. 张加文：“我国制定民法典应坚持民商合一”，载于《山西省政法管理干部学院学报》，2001年第3期。
- (61) YU Nengbin, *Nouveau choix de la codification du droit civil chinois devant les expériences étrangères*, in « Science juridique contemporain », 2006, n°1. 余能斌：“我国民商合一立法借鉴的新选择”，载于《当代法学》，2006年第1期。
- (62) LIU Kaixiang, *Recherche sur la nature, le fondement et la caractéristique du droit commercial*, in « Science juridique moderne », 1997, n°5；刘凯湘：“论商法的性质、依据和特征”，载于《现代法学》，1997年第5期。
- (63) WANG Chunjie, *Recherche sur la modalité législative du droit commercial de la Chine*, in « Recherche du droit commercial », 1997, n°6. 王春捷：“中国商法的立法形式研究”，载于《法商研究》，1997年第6期。
- (64) WANG Baoshu, *La pratique du droit commercial et le droit commercial de pratique*, in « Recueil du droit des affaires », Tome 3, édition du Droit 王保树：“商法的实践和实践中的商法”，《商事法论集》第3卷，法律出版社，1999年。
- (65) WANG Youjing, *Re-étude de la modalité législative du droit commercial de la Chine*, <http://lunwen.5151doc.com/Article/HTML47827.html> 04/09/2007 王右景 中国商法的立法模式再研究 2007-09-04
- (66) XU Xuelu, *Modernisation du droit commercial de la Chine*, in « Science juridique de Shandong », 1999, n°2. 徐学鹿：“论我国商法的现代化”，载于《山东法学》，1999年第2期。
- (67) ZHU Jingwen, *Résumé du colloque intitulé 'Où va la recherche jurisprudentielle'*, in « Recherche du droit commercial », 2000. 朱景文：“法理学向何处去专题讨论会纪要”，载于《法商研究》，2000年。
- (68) WANG Jiewen, *La position et les lacunes de la Loi des sociétés dans la restructuration des entreprises étatiques*, in « Commentaire juridique de l'Université Nanjing », 1999, vol. automne. 王文杰：“<公司法>在国有企业改制中的地位及其立法缺陷”，载于《南京大学法律评论》1998年秋季号。
- (69) WANG Yuankuo, *Recherche sur la classification des branches de droit—une question sur la position du droit économique*, in « Réflexion et perspective du gouvernement l'Etat selon le droit économique », dirigé par LI Changqi, édition du Droit 2001. 王源扩：《法律部门划分理论再探讨——兼论经济法的地位问题》，载李昌麒主编：《中国经济法治的反思与前瞻》，法律出版社2001年版。
- (70) CHEN Xueping, *Connaissance de la nature du droit commercial – droit spécifique du droit civil*, in « Echanges académique », 2005, n°4. 陈雪平：“对作为民法的特别法——商法性质的认识”，载于《学术交流》，2005年第4期。
- (71) WANG Zhihua, *Cent ans du droit chinois commercial (1904-2004)*, in « Etude du droit comparé », 2005, n°2. 王志华：“中国商法百年（1904 - 2004）”，载于《比较法研究》2005年第2期。
- (72) YE Weiying, *Mémoire sur le travail législatif de la Loi maritime de la Chine*, in « Commerce étranger de la Chine », 2002, n°5. 叶伟膺：“《中华人民共和国海商法》制定

- 工作的回忆” , 载于《中国对外贸易》2002年第5期。
- (73) WEI Dan, *Questions concernant l'application de la Loi du Système du Standard national de la Langue et Caractères communément Utilisés*, in « Application des Langues et des Caractères », 1^{er}, 2003. 魏丹：“关于制定〈国家通用语言文字法〉实施办法的有关问题” , 载于《语言文字应用》2003年第1期。
- (74) LI Jinfang, *On the Right to Using and Developing Their Own Languages and Scripts For Ethnic Minorities*, in «Revue de la Recherche d'ethnie minoritaire de Guangxi», n°2, Vol 80, 2005. 李锦芳：“论中国少数民族拥有使用和发展自己的语言文字的权力” , 载于《广西民族研究》2005年第2期(总第80期)。
- (75) BU He, SONG Quan et LI Ziran, *La Loi basique, la Politique gouvernementale et l'Actualité de l'Application relative à la Langue et aux Caractères d'Ethnie minoritaire*, in «Journal of Inner Mongolia Polytechnic University (Social Sciences) », n° 2, Vol. 9, 2000. 布和、宋全、李自然：“中国政府有关少数民族语言文字的基本法律、政策及使用状况” , 载于《内蒙古工业大学学报(社会科学版)》第9卷, 2000年第2期。
- (76) LI Junpeng, *Trois Evolutions de Fonction du Gouvernement dans l'Histoire de l'Economie du Marché*, in «Revue de l'Ecole d'Administration de Jiangxi », 2000, 1°. 李军鹏：“市场经济史上政府职能的三次演变” , 载于《江西行政学院学报》2000年第1期。
- (77) Mark Williams, *L'inspiration du droit de la concurrence de l'Union européenne à la législation chinoise en la matière*, in «Commentaire de la Science juridique». n° 6, 1999. 马克·威廉姆斯：“欧盟竞争法对中国竞争立法的启示” , 载于《法学评论》, 1999年第6期。
- (78) SHI Jianxun, *Quels apports amène-il l'investissement de 682,2 bilions yuan à la Région du Nord ?*, in «Quotidien du Peuple », édition outre-mer, le 13 juillet 2010. 石建勋：“6822亿投资西部将带来什么” , 载于《人民日报海外版》2010年7月13日。
- (79) K.W. Noerr, *Transplantation juridique et l'acceptation du droit allemand par la Chine avant 1930*, traduit par LI Liqiang (traducteur), in «Etude du droit comparé », 1984, n°2. (德) 诺尔著, 李立强等译：《法律移植与1930年前中国对德国法的接受》, 《比较法研究》, 1984年第2辑。

Chroniques :

1. Activité de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat en droit de la concurrence ; Activité de la Cour d'appel de Paris dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles ; Activité des juridictions communautaires en droit de la concurrence, P. ARHEL, *les Petites Affiches*,
2. Actualité du droit de la concurrence et de la régulation, L. RICHER, P.-A. JEANNENEY et N. CHARBIT, *AJDA(Actualité juridique de droit administratif)*, DALLOZ,
3. Chronique de jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes, sous la responsabilité de F.PICOD, *Revue des Affaires européennes*, Bruylant,
4. Chronique du secteur public économique, A.-G. DELION et M. DURUPTY, *Revue française d'administration publique*, publiée par l'ENA, diffusée par la Documentation Française,
5. Concurrence, J.-B. BLAISE et L.IDOT, *RTD eur (Revue trimestrielle de droit européen)*, DALLOZ,
6. Concurrence, E.CLAUDEL, *RTD com.*, DALLOZ,

7. Concurrence, L. IDOT, *Europe*, éd. JurisClasseur,
8. Concurrence. Droit communautaire, S. POILLOT-PERUZZETO, *Contrats, conc.consom.*, éd. JurisClasseur,
9. Concurrence. Droit interne, M. MALAURIE-VIGNAL, *Contrats, conc. Consom.*, éd. JurisClasseur,
10. Concurrence. Distribution, D. FERRIER, *Recueil Dalloz*,
11. Concurrence interdite. Concurrence déloyale et parasitisme, Centre de droit de la concurrence, sous la direction de Y. SERRA et Y. PICOD, *Recueil Dalloz*,
12. Concurrence, Responsabilité civil, J. PASSA, *Propr. Intell.*, éd. Transactive,
13. Droit communautaire de la concurrence, G. DECOCQ, *RJ com.(Revue de jurisprudence commerciale)*, éd, Sejeffe,
14. Droit de la concurrence. Droit spécial du contrat, L. IDOT et C. PRIETO, *Revue des contrats*, LGDJ,
15. Droit européen des affaires. La politique de la concurrence, G. JAZOTTES, *RTD com.*, Dalloz »,
16. Droit interne de la concurrence, Ch. CARON et G. DECOCQ, *JCP (Juris-Classeur périodique)*éd. E, éd. JurisClasseur,
17. Droit public de l'économie, *RIDA(Revue internationale du droit d'auteur)*, Dalloz,
18. La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Concurrence, B. KOTSCHY, D. de MEY, R. KLAGES et N. PETIT, *Revue du droit de l'Union européenne*, Editions Clément Juglar.

Rapports de la Commission européenne :

Rapports sur la politique de concurrence de la Commission européenne de 2005-2009, Bruxelles.

Ouvrage d'exposition systématique de la jurisprudence :

L.VOGEL, Droit de la concurrence 2005-2006, t. 1 et 2, Droit de la concurrence déloyale 2005-2006, Droit des pratiques commerciales 2005-2006, éd. Lawlex, 2005

Sites d'Internet :

1. European Union : European Commission : [:http://europa.eu.int/comm/competition](http://europa.eu.int/comm/competition).
2. OECD: www.oecd.org.
3. USA: Antitrust Division, Department of justice: www.usdoj.gov/atr.
4. Federal Trade Commission: www.ftc.gov.
5. American Bar Association Section of Antitrust Law: www.abanet.org/antitrust.
6. World Trade Organization: www.wto.org.
7. The International Competition Network: www.internationalcompetitionnetwork.org.
8. Ministère du Commerce de Chine: www.mofcom.gov.cn
9. Legislative Affairs Office of the State Council P.R.China : www.chinalaw.gov.cn
10. China Banking Regulation Commission: www.cbrc.gov.cn/chinese/info/zcfg/index.jsp
11. Administration générale de l'Industrie et du Commerce : www.saic.gov.cn
12. Commission nationale de Développements et Réformes : www.sdpc.gov.cn

Table des annexes

ANNEXE I

La loi antimonopole de la République Populaire de Chine

ANNEXE II

Loi contre la concurrence déloyale de la République populaire de Chine

ANNEXE III (tableau 1)

Organisation interne de la Cour suprême populaire de la Chine

ANNEXE IV (tableau 2)

Processus du contrôle des concentrations des entreprises de la Direction antimonopole du Ministère du Commerce de la Chine

ANNEXE V (tableau 3)

Rapport des juridictions chinoises avec les organes du contrôle judiciaire du jugement et l'Assemblée populaires

Annexe I

La loi antimonopole de la République Populaire de Chine (adoptée le 30 août 2007 à la 29^e Réunion du Comité permanent de la XIX^e Assemblée populaire nationale de la République populaire de Chine)

Chapitre I Dispositions générales

Article 1

La loi est promulguée dans le but d'empêcher et de mettre fin aux pratiques monopolistiques, de préserver la concurrence équitable sur le marché, d'améliorer l'efficacité économique, de protéger les intérêts des consommateurs et l'intérêt public ainsi que de promouvoir un développement sain de l'économie socialiste de marché.

Article 2

La loi est applicable aux pratiques monopolistiques dans l'activité économique exercée sur le territoire de la République populaire de Chine. La loi est applicable aux pratiques monopolistiques mises en œuvres hors du territoire de la République populaire de Chine si elles ont pour effet d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché de la République populaire de Chine.

Article 3

Aux termes de la présente loi, les « pratiques **monopolistiques** » désignent les actes suivants :

- les accords monopolistiques conclus entre opérateurs économiques ;
- les abus de position dominante d'un ou plusieurs opérateurs économiques ; et
- les concentrations entre opérateurs économiques qui ont ou peuvent avoir pour effet d'éliminer ou de restreindre la concurrence.

Article 4

L'Etat adopte et applique les règles de concurrence appropriées à une économie socialiste de marché, pour améliorer des mesures de contrôle macroéconomique et pour perfectionner le système d'un marché unifié, ouvert, concurrentiel et discipliné.

Article 5

Les opérateurs économiques peuvent, dans le respect d'une concurrence loyale et par une association volontaire de leurs moyens, se concentrer conformément à la loi, accroître l'envergure de leurs exploitations à fin d'augmenter leur compétitivité sur le marché.

Article 6

Un opérateur économique détenant une position dominante ne peut abuser de cette position pour éliminer ou restreindre la concurrence sur le marché.

Article 7

Pour ce qui concerne les industries dans lesquelles les entreprises d'Etat détiennent d'une position dominante, qui représentent les clés vitales de l'économie nationale et de la sécurité nationale ou les industries qui se confèrent des opérations commerciales exclusives de production ou de distribution par la loi, l'Etat assure la protection de les opérations commerciales réalisées légalement par ces acteurs économiques ci-inclus. Et l'Etat supervise et régularise leurs actes d'exploitation économique et les prix de leurs biens et services afin de sauvegarder les intérêts des consommateurs et de promouvoir le progrès technologique.

Les acteurs économiques mentionnés au paragraphe précédent sont tenus de respecter la loi dans leurs activités économiques et le principe de honnêteté et de bonne foi, et d'être autos disciplinées. En acceptant la supervision de masses sociales, ils doivent s'abstenir de se prévaloir de leurs positions dominantes ou exclusives pour que les intérêts des consommateurs ne soient pas lésés.

Article 8

Aucune administration ou organisation administrative investie par la loi ou par des règlements de la mission d'administrer des affaires publique ne peut abuser de ses prérogatives de puissance publique pour éliminer ou restreindre la concurrence.

Article 9

Le Conseil des Affaires de l'Etat met en place une Commission antimonopole chargée d'organiser, de coordonner et d'orienter le travail contre les monopoles. Elle exécute les fonctions suivantes:

- définition de la politique de concurrence ;
- organisation des enquêtes et évaluation de l'état d'ensemble de la concurrence, et publication des rapports d'évaluation à ce sujet ;
- élaboration et promulgation des lignes directrices antimonopoles ;
- coordination de l'application des diverses réglementations antimonopoles ;
- toutes autres fonctions qui seront spécifiées par le Conseil des affaires de l'Etat.

La composition de la Commission antimonopole et les règles opérationnelles qui lui sont applicables sont établies par le Conseil des Affaires de l'Etat.

Article 10

Autorité(s) chinoise(s) de concurrence, placée(s) sous l'autorité du Conseil des Affaires de l'Etat est (sont) responsable(s) de l'application des lois antimonopoles conformément à la présente loi.

L'autorité chinoise de concurrence peut, au besoin du travail, autoriser les agences correspondantes dans les administrations provinciales, régionales ou municipales relevant directement du Conseil des Affaires de l'Etat, à assumer la mission d'application de la loi.

Article 11

Les associations commerciales renforcent l'autodiscipline au sein de leurs secteurs, guident les opérateurs économiques vers une concurrence loyale et maintiennent une concurrence sur le marché.

Article 12

Aux termes de la présente loi, on entend par «opérateur économique» toute personne physique, morale ou toute autre organisation ayant pour activité la production ou le commerce de biens ou la prestation de services.

Le terme de «marché pertinent» se réfère aux biens ou services ou au territoire sur lesquels les entreprises se font concurrence au cours d'une période donnée.

Chapitre II Les accords monopolistiques

Article 13

Sont prohibés des accords monopolistiques conclus entre opérateurs économiques concurrentes lorsqu'ils portent sur :

- la fixation ou la modification des prix ;
- la limitation des quantités de production ou de vente ;
- la répartition des marchés de vente ou d'approvisionnement ;
- la restriction de l'accès à de nouvelles technologies ou à de nouveaux équipements, ou la restriction de développement de nouvelles technologies ou de nouveaux produits ;
- le boycott collectif ;
- tous autres accords monopolistiques définis par l'autorité chinoise de concurrence.

Les «accords monopolistiques» prévus par la présente loi désignent les accords, décisions ou toutes autres actions concertées qui éliminent ou restreignent la concurrence.

Article 14

Sont prohibés les accords conclus entre opérateur économique et ses partenaires dans la transaction verticale commerciale, qui sont suivants :

- l'accord de fixation des prix de revente des distributeurs aux personnes tiers ;
- l'accord de limitation d'un prix minimum de revente des distributeurs aux personnes tiers ;
- tous autres accords monopolistiques à être définis par l'autorité chinoise de concurrence.

Article 15

Sont exemptés de l'article 13 et 14 les accords monopolistiques lorsqu'ils peuvent être prouvés par les opérateurs économiques de poursuivre l'un des objectifs suivants :

- le progrès de la technologie ou la recherche et le développement de nouveau produits ;
- l'amélioration de la qualité des produits, la réduction des coûts, un meilleur rendement, la standardisation des produits ou des normes ou l'exécution de la spécialisation ;
- l'amélioration de la performance et de la compétitivité des petites et moyennes entreprises ;
- l'accomplissement des intérêts publics, tels que l'économie des énergies, la sauvegarde de l'environnement ou le secours dans les catastrophes naturelles et la subvention aux besoins, etc. ;
- l'atténuation des risques économiques dues à la diminution grave de vente et à la surcapacité de production pendant la période de la dépression économique ;
- la protection des intérêts légitimes découlant du commerce international et de la coopération économique avec l'étranger ;
- toute autre circonstance de l'exemption arrêtée par la loi et le Conseil des Affaires d'Etat.

Les exemptions des accords monopolistes prévus par l'article 13 et 14 dans les catégories (1) à (5) précitées ne doivent être délivrées que les autres preuves apportées par les opérateurs économiques montrent que les accords en cause ne pourraient pas restreindre de manière significative la concurrence sur le marché et qu'ils permettent aux consommateurs de prendre part aux profits qui en résultent.

Article 16

Une association professionnelle (industrielle ou commerciale) ne peut pas agir de telle manière que les opérateurs économiques adhérentes s'engagent dans des pratiques monopolistiques prohibées par le présent chapitre.

Chapitre III Abus de position dominante

Article 17

Sont prohibés les comportements abusifs de la position dominante détenue par un (des) opérateur(s) économique(s) lorsqu'ils aboutissent :

- à vendre à des prix de façon non équitable élevés ou à acheter à des prix de façon non équitable bas ;
- à vendre à perte sans justification objective ;
- à refuser d'avoir des relations commerciales avec un partenaire sans justification objective;
- à imposer au partenaire sans justification objective des relations contractuelles exclusives avec elle ou des personnes qu'elle désigne ;
- à procéder à la vente liée ou à imposer au partenaire d'autres conditions commerciales déraisonnables au moment de la transaction sans justification objective;
- à appliquer un traitement discriminatoire sur les prix ou tout autre élément de la transaction à des opérateurs de même niveau, sans justification objective;
- tout autre abus prohibitif statué par l'autorité chinoise de concurrence est également prohibé.

La position dominante au sens de la présente loi, désigne la position détenue par des opérateurs économiques sur un marché, qui lui permet de contrôler le prix, la quantité de produits ou d'autres conditions commerciales sur le marché pertinent, ou d'entraver ou de limiter d'autres opérateurs économiques d'entrer sur ce marché.

Article 18

Les éléments suivants sont pris en compte pour caractériser la position dominante d'un opérateur économique :

- la part de marché de l'opérateur en cause et la situation de concurrence sur le marché pertinent ;
- la capacité de l'opérateur en cause de contrôler le marché d'approvisionnement ou le marché des débouchés ;
- la force financière et la condition technologiques de l'opérateur en cause ;
- le degré de dépendance économique d'autres opérateurs économiques à l'égard de l'opérateur en cause dans la transaction ;
- la difficulté pour d'autres opérateurs économiques à entrer sur le marché pertinent ;
- tout autre facteur corrélatif pour caractériser la position dominante de l'opérateur en cause sur le marché pertinent.

Article 19

Des opérateurs économiques sont présumés détenir une position dominante dans les situations suivantes :

- la part de marché détenue par un opérateur isolé représente 50% ou plus du marché pertinent ;
- les parts de marché agrégées de deux opérateurs s'élèvent aux 2/3 ou plus du marché pertinent ;
- les parts de marché agrégées de trois opérateurs s'élèvent aux 3/4 ou plus du marché pertinent ;

Dans les situations décrites aux paragraphes (2) ou (3) ci-dessus, un opérateur économique ayant une part de marché inférieur à un dixième ne peut être considérée comme détenant une position dominante.

Lorsque les preuves convaincantes apportées par les opérateurs économiques en cause démontre la non existence de la position dominante présumée, ceux-ci ne peuvent pas être considérés comme ayant la position dominante.

Chapitre IV Concentration des acteurs économiques

Article 20

Une concentration entre acteurs économiques est réputée réalisée dans les cas suivants :

- une fusion entre acteurs économiques ;
- l'acquisition du contrôle d'autres opérateurs économiques par un ou plusieurs opérateurs économiques à travers de l'achat d'actions ou d'autres actifs de ces premiers;
- l'acquisition du contrôle d'un ou plusieurs autres opérateurs économiques ou la capacité d'exercer une influence décisive sur un ou plusieurs autres opérateurs économiques, que ce soit par contrat ou par tout autre moyen.

Article 21

Les opérateurs économiques doivent notifier préalablement à l'autorité compétente du contrôle des concentrations leurs opérations de concentration qui ont atteint les seuils prescrits par le Conseil des Affaires d'Etat. Sans l'exécution de l'obligation de la notification préalable, l'opération de concentration ne peut être mise en œuvre.

Article 22

Les opérateurs à une concentration peuvent se dégager de l'obligation de notification préalable à l'autorité compétente du contrôle des concentrations dans les cas suivants :

- une entreprise participante à la concentration détient déjà 50% ou plus des actions ou des actifs ayant les droits de vote de chacune des autres entreprises concernées ;
- une entreprise non participante à la concentration détient déjà 50% ou plus des actions ou des actifs ayant les droits de vote de chacune de toutes entreprises participantes à la concentration.

Article 23

En vue de notifier une concentration à l'autorité compétente du contrôle des concentrations, les opérateurs notifiant doivent fournir les documents suivants :

- un formulaire de notification ;

- une explication de l'impact de la concentration sur la concurrence sur le marché pertinent ;
- l'accord de la concentration projetée ;
- des rapports et comptes annuels audités les plus récents de toutes les parties à la concentration ;
- tout autre document ou support précisé par l'autorité compétente du contrôle des concentrations.

Le formulaire de notification d'une concentration doit contenir le nom, l'adresse, la nature des activités des parties concernées, ainsi que la date prévisible de la concentration à opérer et toute autre information précisée par l'autorité compétente du contrôle des concentrations.

Article 24

Lorsque les documents à la notification préalable présentés par les parties notifiant sont incomplets, ces dernières doivent compléter les dossiers dans le délai fixé par l'autorité compétente du contrôle des concentrations. A défaut, l'opération de la concentration sera considérée comme n'ayant pas été notifiée.

Article 25

Dans le délai de trente jours à compter de la réception des documents déposés par l'opérateur économique conformément à l'article 23, l'autorité compétente du contrôle des concentrations procède à un examen préliminaire de l'opération notifiée, décide s'il y a lieu d'entreprendre un examen plus approfondi et notifie par écrit sa décision aux opérateurs concernées. Ceux-ci ne peuvent mettre en œuvre la concentration jusqu'à l'adoption d'une décision finale.

Si l'autorité compétente du contrôle des concentrations décide de ne pas entreprendre un examen plus approfondi ou ne prend pas de décision dans le délai prescrit, les entreprises concernées peuvent mettre en œuvre la concentration.

Article 26

Lorsque l'autorité compétente du contrôle des concentrations décide d'entreprendre un examen plus approfondi, elle doit, dans un délai de 90 jours à compter de cette décision, achever cet examen, prendre la décision soit en autorisation, soit en interdiction à la concentration notifiée et en informer par écrit aux opérateurs concernés. En cas d'interdiction de la concentration, la décision de l'autorité compétente doit être bien motivée. Les opérateurs concernés sont interdits à mettre en œuvre la concentration notifiée tout au long de la procédure jusqu'à l'adoption d'une décision finale.

L'autorité compétente peut proroger de 60 jours le délai fixé dans le précédent paragraphe en adressant un préavis écrit aux opérateurs concernés lorsque :

- les opérateurs se mettent d'accord pour une telle prorogation ;
- les documents déposés par les parties notifiant sont imprécis ou inexacts et nécessitent de plus amples vérifications ; ou
- un changement substantiel des conditions de l'opération s'est produit après la notification.

Si l'autorité compétente ne prend pas de décision dans le délai prescrit, l'entreprise peut mettre en œuvre la concentration.

Article 27

Les éléments suivants sont pris en compte lors de l'examen des concentrations :

- la part de marché des opérateurs économiques concernés par la concentration en tant que parties à l'opération et leur pouvoir de contrôle sur le marché pertinent ;
- le degré de concentration du marché pertinent ;
- l'impact sur les conditions de l'accès du marché et sur le progrès technologique ;
- l'impact sur les consommateurs et les autres acteurs économiques ;
- l'impact sur le développement de l'économie nationale ; et
- tout autre facteur identifié par l'autorité compétente comme affectant la concurrence sur le marché.

Article 28

Lorsqu'une concentration entre entreprises élimine ou restreint la concurrence ou est susceptible d'avoir un tel effet, l'autorité compétente interdit la concentration. Néanmoins, si les opérateurs économiques concernés par l'opération de concentration démontrent que les effets bénéfiques de la concentration sur la concurrence excèdent les inconvénients, ou que la concentration se conforme à l'intérêt public, l'autorité compétente peut décider de ne pas l'interdire.

Article 29

Lorsqu'une concentration entre entreprises n'est pas interdite, l'autorité compétente du contrôle des concentrations peut imposer des conditions en vue de limiter ses effets négatifs sur la concurrence.

Article 30

L'autorité compétente du contrôle des concentrations publie sans délai la décision d'interdiction ou qui impose des conditions à la mise en œuvre de la concentration.

Article 31

Lorsque la fusion ou l'acquisition des entreprises chinoises par investisseurs étrangers ou par tout autre moyen, qu'une concentration qui implique la participation d'investisseurs étrangers affecte la sécurité nationale, un examen de ses effets sous cet angle est conduit en application des dispositions pertinentes, en sus de celui qui est effectué en vertu de la présente loi.

Chapitre V Abus des pouvoirs administratifs éliminant ou restreignant la concurrence

Article 32

Aucune autorité administrative ou organisation habilitée par la loi ou un règlement pour administrer des affaires publiques ne peut abuser de ses pouvoirs administratifs pour exiger, directement ou sous une forme déguisée, de personnes morales ou physiques qu'elles revendent, achètent ou utilisent exclusivement des produits fournis par des entreprises désignées.

Article 33

Aucune autorité administrative ou organisation habilitée par la loi ou un règlement pour administrer des affaires publiques ne peut abuser de ses pouvoirs administratifs en vue de faire obstacle à la libre circulation des produits entre différentes régions, notamment :

- en imposant des conditions ou taux discriminatoires, en appliquant des critères tarifaires discriminatoires ou en fixant des prix discriminatoires pour des produits

- provenant d'autres régions ;
- en imposant des exigences techniques ou des normes de contrôle pour des produits provenant d'autres régions, distinctes de celles imposées aux entreprises locales, ou en imposant des mesures techniques discriminatoires, telles que des re-inspections ou des re-homologations à l'égard de produits non locaux, les restreignant ainsi l'entrée sur le marché local ;
- en adoptant des régimes spéciaux de licences administratives pour des produits provenant d'autres régions en vue de faire obstacle à l'accès de ces produits au marché local
- en mettant en place des contrôles routiers ou d'autres mesures en vue de faire obstacle à l'entrée de produits provenant d'autres régions ou au débouché de produits locaux ; ou
- en faisant obstacle de toute autre façon à la libre circulation des produits entre régions.

Article 34

Aucune autorité administrative ou organisation habilitée par la loi ou un règlement pour administrer des affaires publiques ne peut abuser de ses pouvoirs administratifs en vue d'empêcher ou de restreindre la participation d'opérateurs économiques non locaux à des offres publiques locales, en imposant des conditions d'admission discriminatoires ou des standards d'évaluation ou encore en omettant de publier les informations sur ces appels d'offres conformément à la loi.

Article 35

Aucune autorité administrative ou organisation habilitée par la loi ou un règlement pour administrer des affaires publiques ne peut abuser de ses pouvoirs administratifs en vue de traiter de manière discriminatoire les opérateurs économiques non locaux, empêchant ou restreignant ainsi les investissements ou la création de succursales dans sa juridiction.

Article 36

Aucune autorité administrative ou organisation habilitée par la loi ou un règlement pour administrer des affaires publiques ne peut abuser de ses pouvoirs administratifs pour obliger des entreprises à se livrer à des pratiques anticoncurrentielles prohibées par la loi.

Article 37

Une agence administrative ne doit pas abuser de ses pouvoirs administratifs et prérogatives de puissance publique pour imposer des dispositions qui éliminent ou limitent la concurrence.

Chapitre VI Les enquêtes des pratiques monopolistiques

Article 38

L'autorité chinoise de concurrence enquête sur les pratiques monopolistiques présumées conformément à la loi.

Toute personne morale ou physique est habilitée à dénoncer à l'autorité chinoise de concurrence de pratiques anticoncurrentielles présumées. L'identité de la personne morale ou physique est gardée confidentielle par l'autorité de concurrence.

L'autorité chinoise de concurrence mène les enquêtes nécessaires lorsqu'une telle saisine est faite par écrit et fondée sur des éléments de fait et de preuve pertinents.

Article 39

Lorsqu'une enquête est menée sur des pratiques monopolistiques présumées, l'autorité chinoise de concurrence peut prendre les mesures suivantes :

- procéder à des inspections dans les locaux des entreprises ou tout autre lieu pertinent ;
- interroger les personnes de l'entreprise concernées, les parties intéressées ou toute autre personne physique ou morale et exiger de leur part des explications sur les faits et circonstances pertinents ;
- consulter et prendre copie des documents pertinents, des accords, des livres de compte, des correspondances d'affaires, des données sous forme électronique, etc. appartenant aux entreprises soumises à enquête, aux parties intéressées et aux autres personnes morales ou physiques.
- apposer les scellés et saisir les éléments de preuve pertinents ; et
- contrôler les comptes bancaires des opérateurs économiques concernés.

Avant d'adopter une des mesures prévues dans le paragraphe précédent, un rapport écrit est soumis pour approbation au supérieur hiérarchique au sein de l'autorité chinoise de concurrence.

Article 40

Deux commissaires enquêteurs, au moins, participent aux enquêtes portant sur des pratiques monopolistiques. Ils justifient de leur habilitation et de leur pouvoir d'investigation.

Les commissaires enquêteurs établissent des procès-verbaux d'interrogatoire signés par les personnes soumises à ladite enquête ou interrogation lors de leur enquête et leurs constatations.

Article 41

L'autorité chinoise de concurrence et ses commissaires enquêteurs sont tenus de garder les secrets d'affaires obtenus au cours de la procédure d'enquête.

Article 42

Les opérateurs économiques, les parties intéressées et toute autre personne morale ou physique soumises à l'enquête assistent l'autorité chinoise de concurrence dans l'exécution de ses fonctions. Il est interdit à ces personnes de résister ou de faire obstruction au déroulement de l'enquête.

Article 43

Les opérateurs économiques et les parties intéressées ont droit de formuler des observations. L'autorité chinoise de concurrence vérifie les faits, les motifs et les éléments de preuve présentés par chaque personne intéressée.

Article 44

Lors de la conclusion de l'existence de pratiques monopolistiques à l'issue de l'enquête, l'autorité chinoise de concurrence doit prendre sa décision de contrôle et peut publier sa décision.

Article 45 : suspension des enquêtes à la demande des entreprises

Lorsqu'une entreprise, soumise à l'enquête antimonopole, s'engage à éliminer les effets de ses pratiques monopolistiques en adoptant des mesures spécifiques dans le délai prescrit par l'autorité chinoise de concurrence, celle-ci peut suspendre les enquêtes par une décision de suspension dans laquelle ces mesures spécifiques engagées à prendre par l'opérateur économique concerné doit être clairement notées. Dans le cas où une enquête est suspendue, l'autorité chinoise de concurrence surveille la mise en œuvre de l'engagement pris par l'entreprise concernée. Si l'engagement est effectivement appliqué, l'autorité de concurrence peut mettre fin à l'enquête. Elle doit reprendre l'enquête dans un des cas suivants :

- l'opérateur économique concerné manque de respecter son engagement ;
- il survient un changement significatif des circonstances qui avaient motivé la décision de suspension ; ou
- la décision de suspendre l'enquête était fondée sur des informations incomplètes ou inexactes fournies par l'opérateur concerné.

Chapitre VII Responsabilité légale

Article 46

Lorsqu'un opérateur économique conclut et met en œuvre un accord monopolistique en violation des dispositions de la présente loi, l'autorité chinoise de concurrence enjoint la cessation de l'infraction, confisque les gains illicites et impose une amende de 1% à 10% du chiffre d'affaires réalisé l'année précédant la décision. Si l'accord monopolistique n'a pas été mis en œuvre, une amende de 500 000 yuans RBM au maximum peut être imposée.

Lorsque les opérateurs économiques concernés révèlent volontairement les faits concernant un accord monopolistique et fournissent des éléments de preuve substantiels à l'autorité de concurrence, cette dernière peut accorder discrétionnairement une atténuation de sanction ou exempter l'entreprise de toute amende.

Lorsqu'une association professionnelle organise entre ses adhérents un accord monopolistique en violation des dispositions de la présente loi, l'autorité de concurrence peut imposer une amende s'élevant au maximum à 500 000 yuans RMB. Lorsque les circonstances sont graves, l'autorité d'enregistrement des associations sociales correspondante peut révoquer l'enregistrement de l'association en cause.

Article 47

Lorsqu'un opérateur économique abuse de sa position dominante sur le marché en violation des dispositions de la présente loi, l'autorité chinoise de concurrence enjoint la cessation de l'infraction, confisque les gains illicites et impose une amende de 1% à 10% du chiffre d'affaires réalisé l'année précédant la décision.

Article 48

Lorsque des opérateurs économiques mettent en œuvre une concentration en violation des dispositions de la présente loi, l'autorité chinoise de concurrence leur délivre une injonction pour stopper l'opération projetée, tout en enjoignant les entreprises de disposer des actions et actifs concernés, de céder les activités concernées ou d'adopter toute autre mesure nécessaire dans le délai fixé par l'autorité de concurrence afin de rétablir la situation antérieure à la concentration. L'autorité compétente du contrôle des concentrations peut infliger aux personnes ou entreprises concernées des amendes jusqu'à concurrence de 500 000 yuans RMB.

Article 49

Pour déterminer le montant des sanctions au sens des articles 46, 47 à 48 de la présente loi, l'autorité chinoise de concurrence doit tenir compte de la nature, de l'étendue et de la durée de l'infraction.

Article 50

Les opérateurs économiques qui ont commis une infraction en participant à des pratiques monopolistiques et causé de ce fait des préjudices à autrui engagent leur responsabilité civile conformément à la loi.

Article 51

Lorsqu'une autorité administrative ou organisation habilitée par la loi ou un règlement pour administrer des affaires publiques abuse de ses pouvoirs administratifs pour éliminer ou restreindre la concurrence, le supérieur hiérarchique l'enjoint de rectifier la situation et impose des sanctions aux personnes physiques directement responsables. L'autorité chinoise de concurrence peut faire des recommandations de sanction au supérieur hiérarchique sur la suite à donner à l'affaire.

Lorsqu'une loi ou une réglementation administrative spécifique régit les abus des pouvoirs administratifs d'une autorité administrative ou d'une organisation chargée par la loi ou un règlement d'administrer des affaires publiques pour éliminer ou restreindre la concurrence, l'application des dispositions spécifiques prévaut sur celle de la présente loi.

Article 52

Dans le cadre des examens et enquêtes menés par l'autorité chinoise de concurrence, si les opérateurs économiques refusent de soumettre les documents ou informations pertinents, soumettent des documents ou informations frauduleux, ont caché, détruit ou soustrait des preuves, ou ont fait obstruction au déroulement de l'enquête d'une quelconque autre manière, l'autorité de concurrence a le pouvoir de sanctionner afin de rectifier la situation. Elle peut imposer une amende au maximum de 20 000 yuans RMB aux personnes physiques, une amende au maximum 200 000 yuans RMB aux personnes morales. Lorsque les circonstances sont graves, l'autorité de concurrence peut imposer une amende comprise entre 20 000 et 100 000 yuans RMB aux personnes physiques ou une amende de 200 000 à 1 million yuans RMB aux personnes morales, leur responsabilité pénale pouvant également être engagée lorsque les éléments constitutifs d'un crime sont satisfaits.

Article 53

Lorsqu'une partie n'est pas satisfaite de la décision rendue par l'autorité chinoise de concurrence en application des articles 28 et 29 de la présente loi, elle peut exercer un recours administratif. Si elle refuse d'accepter la décision issue du recours administratif, elle peut intenter une action administrative contre cette décision conformément à la loi.

Lorsqu'une partie n'est pas satisfaite de la décision rendue par l'autorité chinoise de concurrence, autre que celles couvertes par le paragraphe précédent, elle peut exercer un recours administratif ou une procédure contentieuse administrative conformément à la loi.

Article 54

Lorsque les fonctionnaires de l'autorité chinoise de concurrence abusent de leurs prérogatives de puissance publique, manquent à leurs devoirs, se livrent à des malversations ou divulguent les informations confidentielles obtenues au cours de la procédure et que leurs comportements constituent un crime, ces fonctionnaires engagent leur responsabilité pénale. Si aucun crime n'est commis, seules des mesures disciplinaires sont prises.

Chapitre VIII Dispositions complémentaires

Article 55

La loi ne s'applique pas aux actes d'opérateurs économiques d'exercer leurs droits de propriété intellectuelle conformément à la loi et aux réglementations administratives relatives à la propriété intellectuelle. Néanmoins, la loi s'applique aux abus commis par les opérateurs économiques dans l'exercice de leurs droits de propriété intellectuelle, qui éliminent ou restreignent ou sont susceptible d'éliminer ou de restreindre la concurrence sur le marché.

Article 56

La loi ne s'applique pas aux alliances ou aux actions concertées réalisées par des producteurs agricoles et des organisations rurales économiques dans l'exercice de leurs activités économiques telles que la production, la transformation de produits agricoles, la vente, le transport ou le stockage de produits agricoles.

Article 57

Cette loi entrera en vigueur le 1^{er} août 2008.

Annexe II

Loi contre la concurrence déloyale de la République populaire de Chine

(adoptée à la 3^e session du Comité permanent de la 8^e Assemblée populaire nationale, le 2 septembre 1993)

Chapitre premier Dispositions générales

Article 1

La présente loi est promulguée en vue d'assurer le développement de l'économie socialiste de marché dans de saines conditions, d'encourager et de protéger la concurrence loyale, de réprimer les actes de concurrence déloyale et de défendre les droits et intérêts légitimes des opérateurs économiques et des consommateurs.

Article 2

Dans les transactions économiques sur le marché, l'opérateur économique doit respecter les principes du libre consentement, d'égalité, d'équité, d'honnêteté et de loyauté, et se conformer aux règles déontologiques d'affaires généralement reconnues.

Au sens de la présente loi, il faut entendre par "concurrence déloyale" les actes de l'infraction de la présente loi effectués par des opérateurs économiques pour léser les droits et intérêts légitimes d'autres opérateurs et perturber l'ordre socio-économique.

Au sens de la présente loi, le terme "opérateur économique" désigne une personne morale ou autre organisation économique ou un particulier ayant pour activité le commerce de produits ou la prestation de services de nature lucrative. (Dans les dispositions qui suivent, le terme "produits" inclut aussi les services.)

Article 3

L'administration locale de tout échelon doit adopter des mesures de réprimer les comportements déloyaux afin de créer un environnement propice et des conditions favorables à la concurrence loyale.

L'Administration générale de l'Industrie et du Commerce (AIC) du Conseil des Affaires d'Etat et les ramifications de l'AIC à tous échelons sont investies par la présente loi du pouvoir de surveiller et contrôler les comportements déloyaux.

En ce qui concerne d'autres lois ou règlements administratifs qui ont établi d'autres organes de surveillance des comportements déloyaux visés par la présente loi, ces lois ou règlements spécifiques doivent être respectés.

Article 4

L'État encourage, soutient et protège toutes la supervision sociale effectuée spontanément par toute organisation et de tout individu au regard des actes en concurrence déloyale.

Les agents des organes d'État sont interdits de concourir ou abriter les actes en concurrence déloyale.

Chapitre II Actes de concurrence déloyale

Article 5

Tout opérateur économique doit s'abstenir de porter préjudice à ses concurrents en ayant recours aux pratiques déloyales suivantes dans les transactions commerciales :

- (1) utiliser sans licence des propriétaires, la marque, l'appellation, l'enseigne, le nom d'entreprise, le titre des ouvrages, la forme caractérisée de marchandise, l'insigne similaire à ceux d'autrui qui sont susceptibles à causer la confusion sur le marché ;
- (2) utiliser sans licence des propriétaires, le nom, le conditionnement ou la décoration particulière des produits de renom ou utiliser sans licence du nom, du conditionnement ou de la décoration analogue à ceux des produits de renom de sorte que les acheteurs les prennent comme les produits de renom ;
- (3) utiliser sans licence, l'appellation ou le nom des entreprises d'autrui de sorte que ses produits sont pris comme les produits d'autrui ;
- (4) remplacer sans autorisation, la marque, le nom d'entreprise ou l'insigne particulier des produits d'autrui et ensuite recommercialiser ces produits changés de marque, de nom d'entreprise ou d'insigne sur le marché ;
- (5) utiliser de manière déloyale sa propre marque, son propre brevet de design, le nom de son entreprise de sorte que une confusion a été causée ou est susceptible à être causée dans l'esprit de consommateurs ;
- (6) déposer sans autorisation d'autrui, à l'enregistrement comme l'appellation de son propre entreprise, la marque, le nom de produit, l'appellation d'entreprise ou les caractères similaires qui ont été utilisés en priorité par les autres et reconnus par le public de sorte que une confusion entre lui et le propriétaire en priorité ;
- (7) déposer sans autorisation d'autrui, à l'enregistrement comme son propre nom de domaine, la marque, le nom de produit, l'appellation d'entreprise ou les caractères similaires qui ont été utilisés en priorité par les autres et reconnus par le public de sorte que une confusion entre lui et le propriétaire en priorité ;
- (8) déposer sans autorisation d'autrui, à l'enregistrement comme sa propre marque, la marque, le nom de produit, l'appellation d'entreprise ou les caractères similaires qui ont été utilisés en priorité par les autres et reconnus par le public de sorte que une confusion entre lui et le propriétaire en priorité ;
- (9) utiliser le nom de l'entreprise étrangère dont la marque et l'appellation est bien reconnue par le public chinois de sorte qu'une confusion est produite sur le marché.

L'opérateur économique ne doit pas vendre, stocker, exhiber, transporter ou exporter les marchandises en violation des règles mentionnées aux paragraphes précédentes.

Article 6

Une entreprise de service public ou autre entité commerciale détenant le monopole sur le marché en vertu de la loi ne peut contraindre les autres à acheter les produits des entités commerciales qu'elle désigne, afin d'exclure d'autres opérateurs économiques en concurrence loyale hors du marché et de porter atteinte aux intérêts légitimes de consommateurs.

Article 7

Aucune administration gouvernementale et ses ramifications ne peuvent se prévaloir abusivement de leurs pouvoirs administratifs pour contraindre les opérateurs économiques à acheter les produits des entités commerciales qu'elles désignent et pour restreindre les activités commerciales licites.

Les administrations gouvernementales et leurs ramifications ne doivent pas se prévaloir abusivement de leurs pouvoirs administratifs pour restreindre l'accès

au marché local de produits en provenance d'autres régions du pays ou l'écoulement de produits locaux sur les marchés d'autres régions du pays.

Article 8

Un opérateur économique ne doit en aucun cas se livrer à la corruption en proposant une somme d'argent ou des cadeaux ou en ayant recours à d'autres moyens en nature de pot-de-vin pour vendre ou acheter des produits. Aucune personne morale ou physique ne doit accepter ou demander le pot-de-vin dans la transaction commerciale sur le marché. Une personne morale ou physique qui consent secrètement une commission à l'autre partie, sans en faire état dans ses livres de comptes se rend coupable de corruption active; par ailleurs, si l'autre partie, qu'elle soit une personne morale ou physique, accepte en secret une commission sans en faire état dans ses livres de comptes, elle se rend coupable de corruption passive.

Lors de la vente ou de l'achat de produits, l'opérateur économique peut exprimer clairement son intention de faire bénéficier l'autre partie d'un rabais et de verser une ristourne à l'intermédiaire. Ce rabais et cette ristourne consentis doivent être notés dans les livres de compte de deux parties concernées.

Article 9

L'opérateur économique ne doit recourir à la publicité trompeuse ou mensongère sur la qualité, le prix, les ingrédients, la fonction, l'usage, le producteur, la durée de validité, le lieu ou l'origine de production, les services assortis ou d'autres aspects du produit, qui sont susceptible à affecter le choix des consommateurs.

L'agence de publicité ne doit s'engager à titre d'intermédiaire à concevoir, ni à produire, ni à émettre la publicité trompeuse et mensongère lorsqu'elle est consciente ou doit être consciente de la nature trompeuse de la publicité émise par elle.

Article 10

Sont interdits tous les comportements suivants qui portent atteinte au secret d'affaires :

- (1) l'acquisition du secret d'affaires d'autrui par moyen de vol, d'appât de gain, de menace ou d'autres procédés illégaux ;
- (2) la divulgation ou l'utilisation ou la permission de l'utilisation du secret d'affaires d'autrui acquis par les moyens énuméré dans le paragraphe (1) ;
- (3) la divulgation ou l'utilisation ou la permission de l'utilisation du secret d'affaires d'autrui en violation l'obligation contractuelle de garder le secret d'affaires ; l'acquisition, la divulgation ou l'utilisation du secret d'affaires d'autrui par de personne tierce qui est consciente ou doit être consciente des comportements mentionnés aux paragraphes (1) et (2) sont considérées comme les comportements déloyaux portant atteinte au secret d'affaires.

L'administration compétente ainsi que ses fonctionnaires sont tenus de ne pas divulguer les secrets d'affaires et d'autres informations confidentielles qu'ils ont recueillies en application de la présente loi.

Le terme 'secret d'affaires' dans la présente loi désigne l'information technique ou d'exploitation économique protégée de manière appropriée par le titulaire du droit, qui n'est pas encore reconnue par le public et peut porter les intérêts économiques au titulaire du droit avec son utilité.

Article 11

L'opérateur économique ne doit pas vendre de produits à un prix inférieur au prix de revient en vue d'éliminer ses concurrents.

Ne sont pas de comportements en concurrence déloyale les cas suivants :

- (1) la vente des produits frais et de primeur ;
- (2) la vente des produits dont la durée de validité sera expirée ou des produits entassés aux fins du déstockage ;
- (3) la vente des produits qui présente un caractère saisonnier ;
- (4) la vente au prix bas du à l'acquittement de dette, la transformation de production et la liquidation.

Article 12

L'opérateur économique ne peut, lors de la vente de produits, imposer à l'acheteur, contre le gré de ce dernier, une vente liée ou d'autres conditions abusives.

Article 13

Il est interdit à une entité commerciale de procéder à des ventes avec primes selon les modalités suivantes :

- 1) procéder à de telles ventes en ayant recours au procédé frauduleux consistant à faire mensongèrement état de l'existence de primes ou à faire en sorte que les primes soient attribuées à des personnes choisies au sein de l'entreprise;
- 2) promouvoir la vente de produits de qualité inférieure mais de prix élevé en offrant des primes;
- 3) procéder à des ventes avec primes sous la forme d'une loterie lorsque la valeur du lot le plus élevé est supérieure à 5 000 yuans RMB.

Article 14

L'opérateur économique ne doit pas inventer ni diffuser d'informations mensongères pour dénigrer l'image commerciale d'un concurrent ou la réputation de ses produits.

Article 15

Les soumissionnaires d'un appel d'offres ne doivent pas faire d'offre collusoire pour faire monter ou baisser le prix d'adjudication.

Un soumissionnaire ne doit pas s'entendre avec l'auteur de l'appel d'offres pour écarter les concurrents du jeu loyal de la concurrence.

Chapitre III Surveillance et contrôle

Article 16

Les autorités de surveillance et de contrôle compétentes à l'échelon supérieur à celui du canton peuvent exercer leur mission au regard des actes de concurrence déloyale.

Article 17

Dans l'exercice de leur mission de surveillance et de contrôle au regard des actes de concurrence déloyale, les autorités compétentes sont investies des fonctions et pouvoirs suivants :

- 1) conformément à la procédure prescrite, procéder à l'interrogatoire détaillé des entités commerciales, des parties intéressées et des témoins et exiger qu'ils produisent des éléments de preuve ou fournissent d'autres renseignements en rapport avec les actes de concurrence déloyale;
- 2) consulter les accords conclus par écrit, les livres de comptes, les reçus, les notes, les quittances, les factures, les documents, les dossiers, la correspondance commerciale et tout autre élément en rapport avec des actes de concurrence déloyale, et en prendre copie;

3) procéder à l'inspection des biens liés aux actes de concurrence déloyale prévus à l'article 5 de la présente loi et, le cas échéant, enjoindre à l'entité commerciale faisant l'objet de l'enquête de donner des explications quant à la provenance et la quantité des produits, d'en suspendre provisoirement la vente jusqu'à l'inspection et de s'abstenir de les déplacer, de les dissimuler et de les détruire.

Article 18

Dans l'exercice de leur mission de surveillance et de contrôle au regard des actes de concurrence déloyale, les agents des autorités compétentes doivent produire un mandat pour procéder à l'inspection.

Article 19

Les entités commerciales faisant l'objet d'une enquête menée par les autorités compétentes dans le cadre de leur mission de surveillance et de contrôle au regard des actes de concurrence déloyale, de même que les parties intéressées et les témoins, doivent remettre honnêtement aux autorités en cause les données ou éléments d'information pertinents.

Chapitre IV Responsabilité juridique

Article 20

Tout opérateur économique qui, en violation des dispositions de la présente loi, cause un dommage à une autre est tenu de le réparer. Lorsque les pertes subies par l'entité commerciale lésée sont difficiles à évaluer, le montant des dommages-intérêts est égal aux bénéfices que l'auteur de la violation a retirés de l'activité incriminée pendant toute la durée de celle-ci. L'auteur de la violation est également tenu pour responsable de tous frais d'un montant raisonnable encourus par l'entité lésée pour enquêter sur les actes de concurrence déloyale commis par l'entité soupçonnée d'avoir porté atteinte à ses droits et intérêts légitimes.

Lorsque les actes en concurrence déloyale portent atteinte aux droits et intérêts légitimes de l'entité commerciale lésée, celle-ci peut intenter des poursuites devant le Tribunal du peuple.

Article 21

Un opérateur économique qui fait passer pour sienne la marque enregistrée d'autrui, utilise sans autorisation le nom commercial ou le patronyme d'autrui, contrefait ou utilise illicitement des symboles de qualité tels que des symboles de certification ou des symboles de produits réputés pour leur qualité, falsifie l'origine des produits et fait des déclarations mensongères et trompeuses quant à la qualité des produits est passible des sanctions prévues aux termes des lois de la République populaire de Chine sur les marques et sur la qualité des produits.

Si un opérateur économique utilise, sans autorisation, le nom, l'emballage ou les éléments de décoration propres à des produits de renom, ou un nom, un emballage ou des éléments de décoration semblables à ceux de produits de renom, de manière à créer une confusion entre ses propres produits et les produits de renom d'autrui, et amène les acheteurs à prendre ses propres produits pour les produits de renom en question, l'autorité de surveillance et de contrôle compétente lui ordonne de mettre fin à l'infraction, confisque les recettes illicites et peut infliger, selon les cas, une amende supérieure au montant de ces recettes mais ne dépassant pas le triple de celui-ci; dans les cas graves, l'autorité en cause peut révoquer la licence commerciale; une

entité commerciale qui vend des produits contrefaits ou de qualité inférieure, et qui se rend ainsi coupable d'un crime, fait l'objet de poursuites pénales conformément à la loi.

Article 22

Un opérateur économique qui se livre à la corruption en proposant une somme d'argent ou des cadeaux ou en ayant recours à d'autres moyens pour vendre ou acheter des produits, et qui se rend ainsi coupable d'un crime, fait l'objet de poursuites pénales conformément à la loi; si l'infraction en cause ne constitue pas un crime, l'autorité de surveillance et de contrôle compétente peut, selon le cas, imposer une amende supérieure à 10 000 mais inférieure à 200 000 yuans RMB. Toutes les recettes ayant pu être réalisées de façon illicite sont confisquées.

Article 23

Lorsque un opérateur économique de service public ou toute autre entité commerciale jouissant d'une situation de monopole en vertu de la loi contraint les tiers à acheter les produits des entités commerciales qu'elle désigne, de façon à écarter d'autres entités de même nature du jeu loyal de la concurrence, les autorités de surveillance et de contrôle compétentes au niveau des provinces ou des municipalités subdivisées en districts lui ordonnent de mettre fin aux actes illicites et peuvent lui infliger, selon le cas, des amendes supérieures à 50 000 mais inférieures à 200 000 yuans RMB. Si les opérateurs économiques désignés profitent de cette situation pour écouler, au détriment des acheteurs, des produits de qualité inférieure mais de prix élevé ou pour imposer des conditions exorbitantes, les autorités de surveillance et de contrôle confisquent les recettes illicites et peuvent, selon le cas, infliger des amendes supérieures au montant de ces recettes mais ne dépassant pas le triple de celui-ci.

Article 24

Lorsqu'un opérateur économique a recours à la publicité ou à d'autres moyens pour donner des renseignements faux et trompeurs sur ses produits, l'autorité de surveillance et de contrôle compétente lui ordonne de mettre fin à l'acte illicite et d'en éliminer les conséquences préjudiciables et peut, selon le cas, infliger une amende supérieure à 10 000 mais inférieure à 200 000 yuans RMB.

Lorsqu'un opérateur économique propose à titre d'intermédiaire ou conçoit, produit ou publie des annonces contenant des affirmations qu'elle sait pertinemment, ou est censée savoir, être fausses, l'autorité de surveillance et de contrôle lui ordonne de mettre fin à l'acte illicite, confisque ses recettes illicites et lui inflige une amende conformément à la loi.

Article 25

Lorsqu'une personne porte atteinte aux secrets de fabrication d'autrui en violation des dispositions de l'article 10 de la présente loi, l'autorité de surveillance et de contrôle compétente lui ordonne de mettre fin à l'acte illicite et peut, selon le cas, lui infliger une amende supérieure à 10 000 mais inférieure à 200 000 yuans RMB.

Article 26

Lorsqu'un opérateur économique procède à des ventes avec primes en violation des dispositions de l'article 13 de la présente loi, l'autorité de surveillance et de contrôle compétente lui ordonne de mettre fin à l'acte illicite

et peut, selon le cas, lui infliger une amende supérieure à 10 000 mais inférieure à 100 000 yuans RMB.

Article 27

Lorsque des soumissionnaires font une offre collusoire pour faire monter ou baisser le prix d'adjudication, ou lorsqu'un soumissionnaire s'entend avec l'auteur d'un appel d'offres pour écarter les concurrents du jeu loyal de la concurrence, l'adjudication en leur faveur est nulle et non avenue. L'autorité de surveillance et de contrôle peut, selon le cas, leur infliger une amende supérieure à 10 000 mais inférieure à 200 000 yuans RMB.

Article 28

Lorsqu'un opérateur économique ne respecte pas les termes d'une ordonnance lui enjoignant de cesser provisoirement la vente de biens en rapport avec des actes de concurrence déloyale et de s'abstenir de déplacer, dissimuler ou détruire les biens en question, l'autorité de surveillance et de contrôle compétente peut, selon le cas, lui infliger une amende supérieure au prix des biens ayant été vendus, déplacés, dissimulés ou détruits mais ne dépassant pas le triple de ce prix.

Article 29

Toute partie qui conteste la sanction infligée par l'autorité de surveillance et de contrôle compétente peut, dans les 15 jours suivant la date de réception de la décision y relative, en demander le réexamen à l'autorité compétente directement supérieure; si la partie en cause conteste la décision rendue après réexamen, elle peut, dans les 15 jours suivant la date de réception de la décision écrite correspondante, engager une procédure devant le Tribunal du peuple, sans préjudice de la faculté d'engager directement une procédure devant cette juridiction.

Article 30

Lorsque, en violation des dispositions de l'article 7 de la présente loi, une autorité gouvernementale ou une administration qui lui est rattachée contraint les tiers à acheter les produits des entités commerciales qu'elle désigne ou fait obstacle à la circulation normale de produits entre régions, les autorités supérieures lui ordonnent de redresser la situation; dans les cas graves, les autorités compétentes de même niveau ou de niveau directement supérieur imposent des sanctions disciplinaires aux personnes directement responsables. Si les entités commerciales désignées profitent de cette situation pour écouler, au détriment des acheteurs, des produits de qualité inférieure mais de prix élevé ou pour imposer des conditions exorbitantes, les autorités de surveillance et de contrôle confisquent les recettes illicites et peuvent, selon le cas, infliger une amende supérieure au montant de ces recettes mais ne dépassant pas le triple de celui-ci.

Article 31

Tout agent d'un organe d'État investi d'une mission de surveillance et de contrôle au regard des actes de concurrence déloyale qui commet un abus de pouvoir ou qui fait preuve de négligence dans l'accomplissement des devoirs de sa charge, et qui se rend ainsi coupable d'un crime, fait l'objet de poursuites pénales conformément à la loi; lorsque l'acte en cause ne constitue pas un crime, il est passible de sanctions disciplinaires.

Article 32

Tout agent d'un organe d'État investi d'une mission de surveillance et de contrôle au regard des actes de concurrence déloyale qui commet un

détournement de pouvoir à des fins personnelles, dissimule intentionnellement les agissements d'une entité commerciale et lui fait éviter des poursuites en sachant pertinemment qu'elle a agi en violation des dispositions de la présente loi, et qui se rend ainsi coupable d'un crime, fait l'objet de poursuites pénales conformément à la loi.

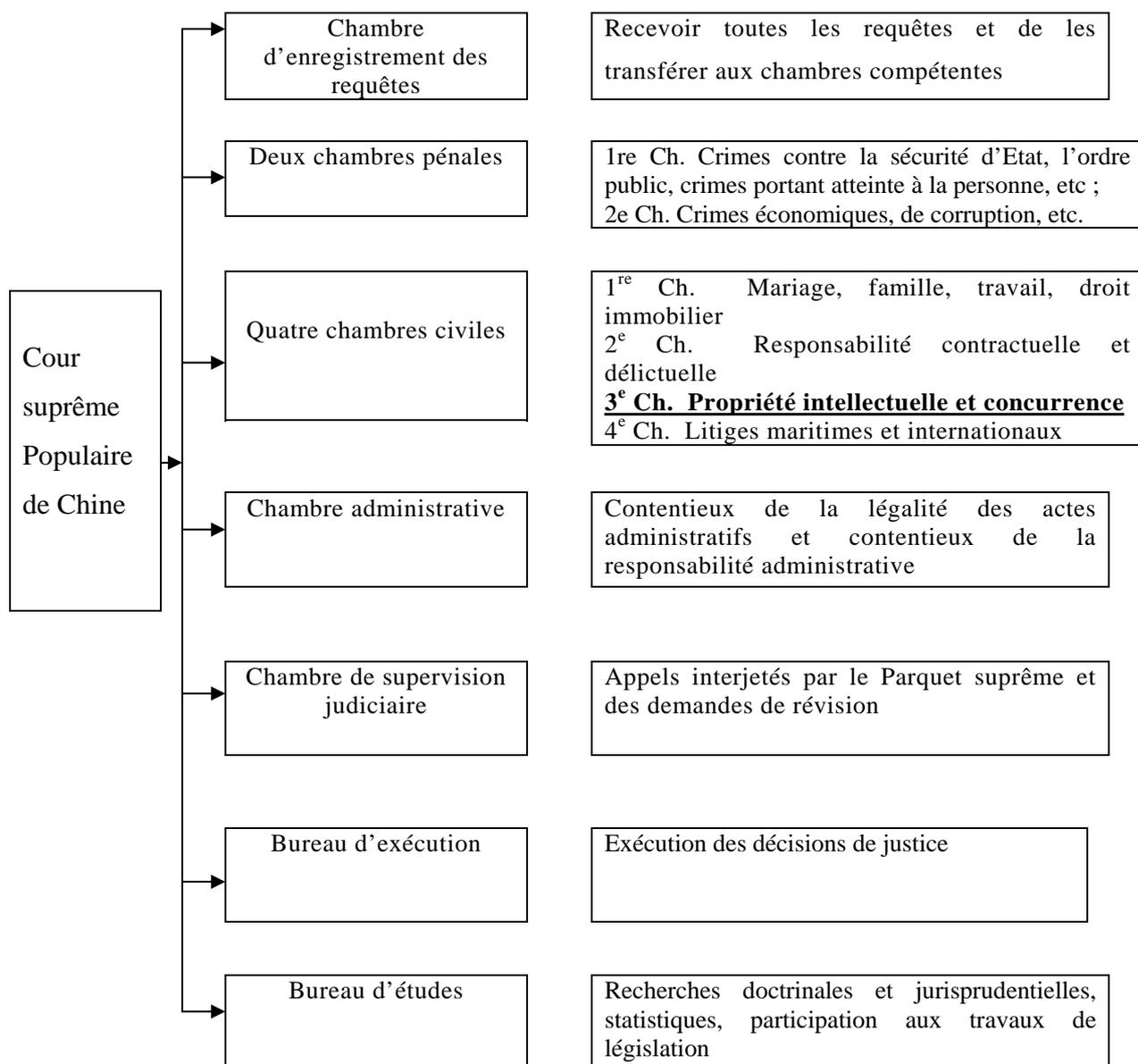
Chapitre V Disposition supplémentaire

Article 33

La présente loi entre en vigueur le 1^e décembre 1993

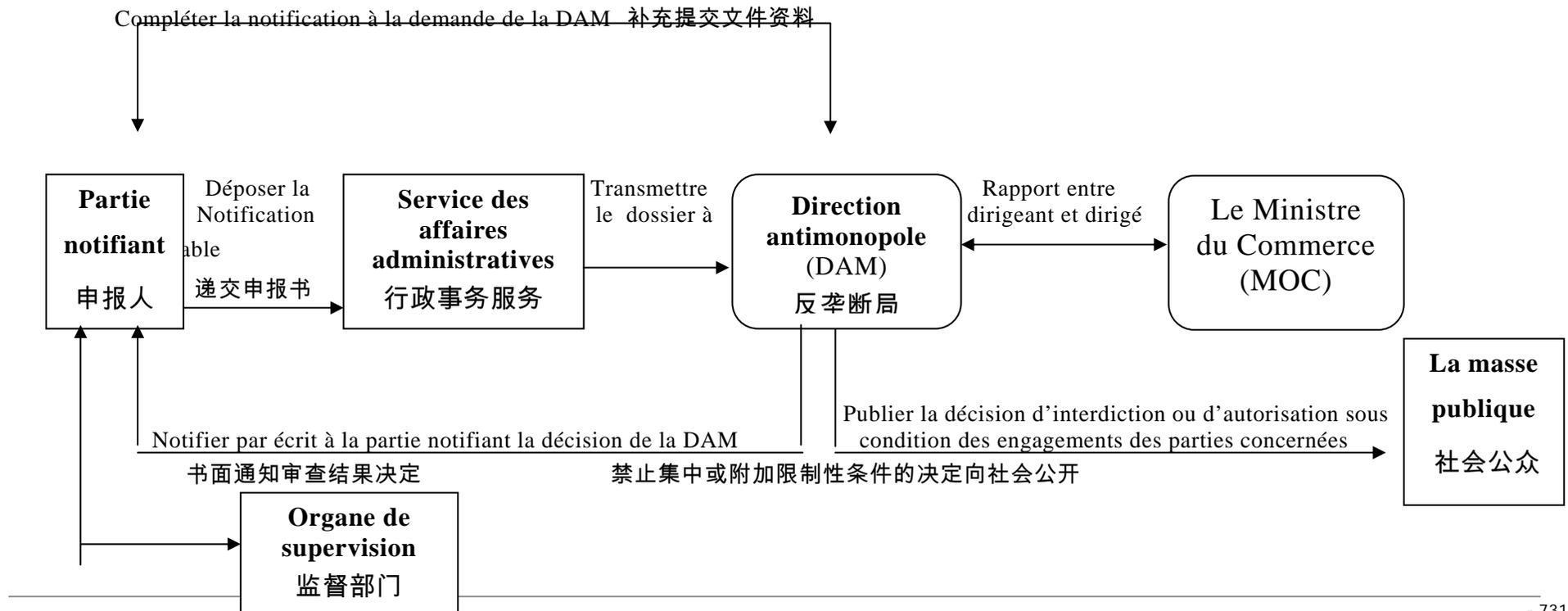
Annexe III (tableau 1)

Organisation interne de la Cour suprême populaire de la Chine



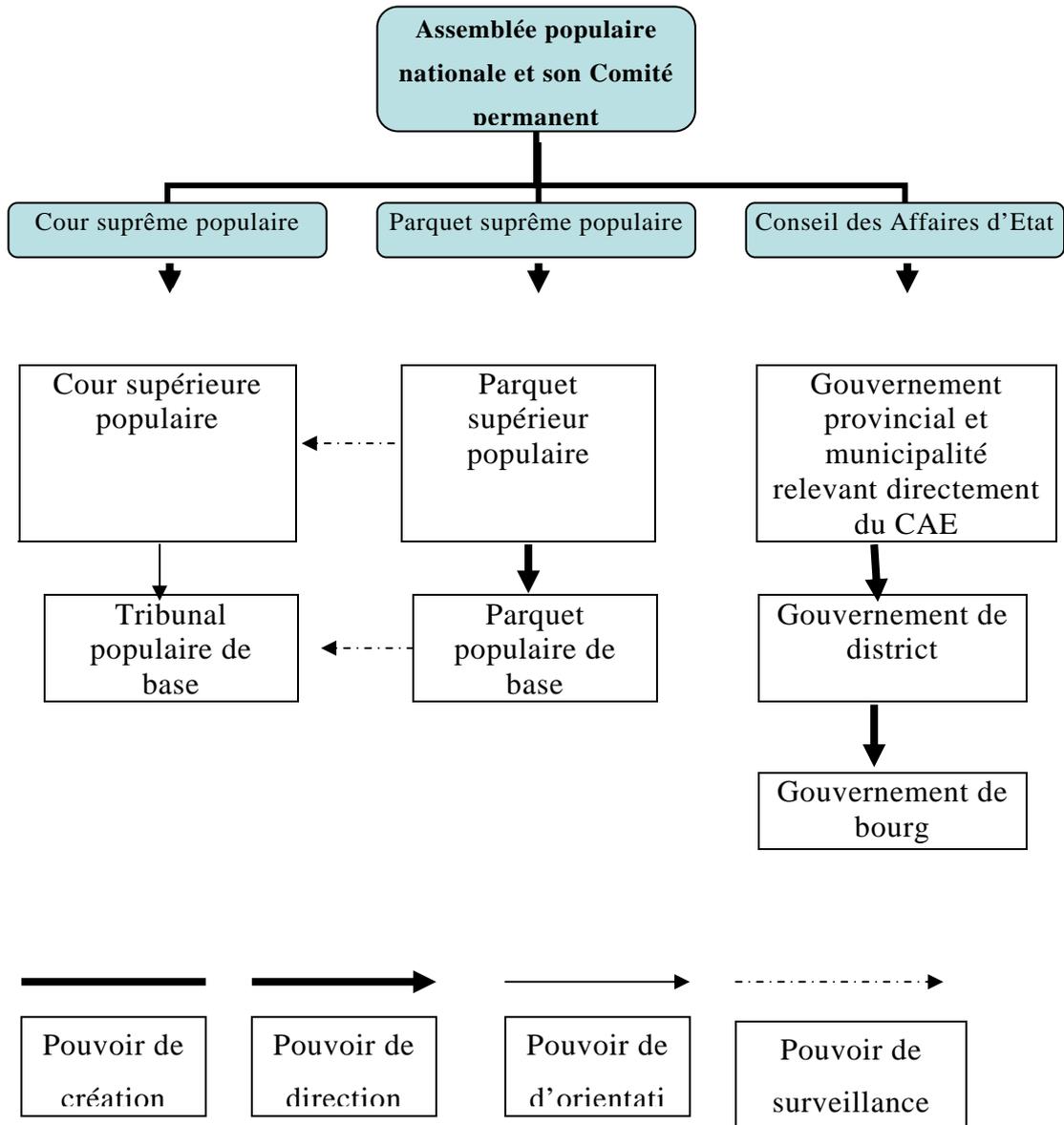
Annexe IV (tableau 2)

ANNEXE IV (tableau 2)
Processus du contrôle des concentrations des entreprises
de la Direction antimonopole du Ministère du Commerce de la Chine
商务部经营者集中反垄断审查流程图



Annexe V (tableau 3)

Rapport des juridictions chinoises avec les organes du contrôle judiciaire du jugement et l'Assemblée populaire



Index alphabétique (Les Chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

-A-	-B-
<p>Abus</p> <ul style="list-style-type: none"> - abus de faiblesse : 268 - dans la fixation des prix : 268 s.; 284 - de position dominante : 658 s. - de droits de propriété intellectuelle : 764 s. - du pouvoir administratif : 29, 60, 368, 475 s.; 786 s. <p>Accord</p> <ul style="list-style-type: none"> - d'exploitation forfaitaire familiale : 482 - de distribution sélective/exclusive : 701 - monopoliste : 719 s. - de transfert de technologie : 861, 865, 885, 890 - multipartite : 900 <p>Acquisition</p> <ul style="list-style-type: none"> - d'entreprises : 213 s.; 547 s. - de décapitation : 554 - des droits de propriété intellectuelle : 906 s. <p>Act – Sherman- : 622, 699, 722, 730 s.</p> <p>Acte administratif : 405, 408 s. 439, 470</p> <p>Action</p> <ul style="list-style-type: none"> - publique : 346, 361 s.; 370 s.; 446 - privée : 347, 374 s. <p>Actionnariat : 104, 203, 506 s.</p> <p>Amende administrative : 426 s. et 652 s.</p> <p>Antitrust : 435, 545, 730</p> <ul style="list-style-type: none"> - analyse- : 687 <p>Application territoriale : 605 s.</p> <p>Approvisionnement : 105, 273, 451, 463, 603,</p>	<p>Bonne foi : 55, 535, 717, 746</p> <p>Branche du droit : 22, 158</p> <p>Brevet : 189, 853 s.</p> <p style="text-align: center;">-C-</p> <p>Cartels : 25, 340, 731, 740 s. 748 s.; 914,</p> <p>Cause du procès civil : 381 s.</p> <p>Circonspection –principe de – : 457</p> <p>Chiffre d'affaires : 586 s.</p> <p>Class action : 375</p> <ul style="list-style-type: none"> - recours collectif <p>clémence : 25, 342, 346, 445, 752</p> <p>Codification : 65, 142, 150 s., 158</p> <p>Collégialité : 345, 359, 392 s.</p> <p>Commission antimonopole : 312 s. 318 s.</p> <p>Commission / ristourne, rabais: 830 s.</p> <p>Concentration : 478 s.</p> <p>Concessions à l'OMC : 119 s.</p> <p>Concurrence</p> <ul style="list-style-type: none"> - déloyale : 764, 765 s. <p>Consentement- libre- : 494, 529, 552, 796 s.</p> <p>Confucianisme : 4, 14 s.</p> <p>Confusion : 795, 800, 803, 807 s.</p> <ul style="list-style-type: none"> - entre 'entreprise' et 'société' : 482 s. <p>Contentieux antitrust : 437</p> <p>Contradictoire – principe- : 391 s.</p> <p>Contrefaçon : 811 s.; 848, 877 s.,</p> <p>Contrôle juridictionnel : 350, 405 s.</p> <p>Coopération internationale : 916 s.</p> <p>Corruption : 782 s.; 828 s.</p> <p>Crime économique : 449 s.</p> <p style="text-align: center;">-D-</p> <p>Délit : 12, 428, 445, 449 s.</p> <ul style="list-style-type: none"> -éléments constitutifs : 453 s. <p>Démocratisation : 60, 154, 911 et 912</p> <p>Dénigrement : 271, 773, 783, 795,</p>

<p>755</p> <ul style="list-style-type: none"> - marché de : 898 <p>Atermolement : 475</p> <p>Autorité de la concurrence</p> <ul style="list-style-type: none"> - pouvoir : 327 s. - attribution : 336 s. - procédure : 389 s. <p>Avis : 534</p> <p>Distribution</p> <ul style="list-style-type: none"> - réseaux : 195 s. - règlementations : 202 s. <p>Dommages et intérêts</p> <ul style="list-style-type: none"> - punitifs : 421, 422, 434 s. ; 438 et 441 - réparateurs/compensatoires : 422, 434 s. <p>Droit économique : 125 s., 136, 455, 460</p> <p>Droit commercial : 146 s. 154 s.</p> <p>Droit exclusif : 849, 850, 874, 893, 902 s.</p> <p style="text-align: center;">-E-</p> <p>Ecole</p> <ul style="list-style-type: none"> - de Chicago : 687 - Cent Ecoles de pensée : 5 - Ru (de Confucius) : 6 s. - Taoïsme : 10 s. - Mocianisme : 8 s. - Légiste : 11 s. <p>Economie d'échelle : 291, 496, 740</p> <p>Effet</p> <ul style="list-style-type: none"> - théorie des- 622 s. - immédiat : 400 - suspensif : 406 s. ; 426 <p>Engagements à l'OMC : 119 s.</p> <p>Enquête : 328 s. ; 637, 639 s. ; 648, 685</p> <p>Entente : 722 s.</p> <ul style="list-style-type: none"> - éléments constitutifs : 726 s. <p>Entreprises : 482 s.</p> <ul style="list-style-type: none"> - formes d' - : 484 s. - publiques : 709 s. <p>Ethnie</p> <ul style="list-style-type: none"> - minoritaire : 244, 249 - langues ethniques minoritaires : 250 s. <p>Exclusivité : 701, 759</p> <p>Exécution d'office : 362, 472</p>	<p>803, 819 s.</p> <p>Department of justice (DOJ): 294 et 296</p> <p>Dépénalisation : 466</p> <p>Dirigisme : 258</p> <ul style="list-style-type: none"> - économie planifiée : 59, 85 s.; 90 s. <p>Fixation des prix : 258 s.; 273 s. ; 744 s.</p> <p>Force obligatoire : 160, 529</p> <p>Fonds étrangers : 540, 542 s.; 548 s.</p> <p>Fusion : 517 s.; 550 s.</p> <p style="text-align: center;">-G-</p> <p>Groupe</p> <ul style="list-style-type: none"> - d'entreprises : 494 s. 502 s. <p>Gestion</p> <ul style="list-style-type: none"> - micro-économique : 101 s., 269 - macro-économique : 110 s, 269 <p style="text-align: center;">-H-</p> <p>Hard-core cartels : 731, 914</p> <p>Hoffmann: Walter : 91</p> <ul style="list-style-type: none"> - affaire – la Roche: 680 <p style="text-align: center;">-I-</p> <p>IHH : 595 s.</p> <p>Inertie : 408, 475</p> <p>Influence déterminée: 547</p> <p>Infrastructure : 77, 98, 182, 193, 273</p> <p>Installation essentielle : 694</p> <p>Interdictions <i>per se</i> : 731, 743 s.</p> <p>Interdiction de vente : 526, 529</p> <p>Interprétation judiciaire : 163, 356, 378 s.</p> <p>Interventionniste : 137, 297</p> <p>Investissement étranger direct : 187</p> <p>Impartialité : 391, 533</p> <p style="text-align: center;">-J-</p> <p>Juridiction : 19, 27, 350</p> <ul style="list-style-type: none"> - organisation de : 353 s. - modalités du travail : 353 s. <p style="text-align: center;">-L-</p> <p>Langue</p> <ul style="list-style-type: none"> - utilisée : 283, 245 s. - minoritaire : 249 s.; 252 - étrangère : 253 s. <p>Liberté</p>
---	---

<p>Exemption : 537</p> <ul style="list-style-type: none"> - du contrôle des concentrations : 600 s.; 718, 734 s. <p>Extraterritorialité : 605, 619 s.</p> <p style="text-align: center;">-F-</p> <p>Facturation : 280, 281 s.</p> <p>Fait générateur : 415, 422</p> <p>Federal Trade Commission (FTC): 294, 296</p> <p>Lifting the veil of cooperate : 512</p> <p style="text-align: center;">-M-</p> <p>Mandarin : 9, 42, 138</p> <ul style="list-style-type: none"> - langue : 243 s. , 883 <p>Marché : 611 s.</p> <ul style="list-style-type: none"> - pertinent : 607 s. 614 s. - dimension de- : 84, 166 s. - capital, financier : 518, 519 s. <p>Médiation : 398, 446</p> <p>Mesure administrative</p> <ul style="list-style-type: none"> - répressive : 469 s. - de coercition : 472 s. <p>Microsoft : 623, 688</p> <p>Modération : 201</p> <ul style="list-style-type: none"> - principe de - : 456 <p>Modernisation</p> <ul style="list-style-type: none"> - du droit : 33 s. <p>Monopole : 291, 298</p> <ul style="list-style-type: none"> - administratif : 24, 29 s. <p style="text-align: center;">-N-</p> <p>Nom de domaine : 799</p> <p>Non concurrence : 757, 787, 865</p> <p>Nullité : 331, 335, 387, 394, 719</p> <p style="text-align: center;">-O-</p> <p>Offre publique d'achat : 526</p> <ul style="list-style-type: none"> - partielle : 527 s. - entière : 527 s. <p>Organes de tutelle de la compétence : 293, 294</p> <p>Ouverture</p> <ul style="list-style-type: none"> - la politique de- : 116, 146, 168 <p>Ouest</p> <ul style="list-style-type: none"> - la politique de- : 179 s. <p style="text-align: center;">-P-</p> <p>Parasitisme : 701, 803</p> <p>Particularisme : 29, 60, 88</p>	<ul style="list-style-type: none"> - de fixer les prix : 260 s. - contractuelle : 732, 860 - de commerce : 669, 777 <p>Preuve</p> <ul style="list-style-type: none"> - charge de la – : 401, 419 - renversement de charge de la preuve : 376, 401, 419 <p>Private enforcement : 365</p> <p>Prix de revient : 536, 602, 614, 816</p> <p>Prix à double voie : 103, 110, 276</p> <p>Prix</p> <ul style="list-style-type: none"> - du marché : 715, 748, 272 - de revente : 760 s. - imposés : 264 - minimum : 759, 761 - prédateurs : 694, 698, 699, 755 <p>Procédure : 389, 390 s.</p> <ul style="list-style-type: none"> - civile : 394, 398 s. - pénale : 446 - administrative : 403 s. <p>Professionnel : 790, 791, 794</p> <ul style="list-style-type: none"> - déontologie/ diligence : 795 <p>Proportionnalité : 428, 527</p> <p>Publicité : 117, 254, 276, 279</p> <ul style="list-style-type: none"> - trompeuse : 464, 770, 775, 786 - comparative : 803, <p style="text-align: center;">-R-</p> <p>Rabais : 703 s., 830, 831 s.</p> <p>Recommandation : 31, 50, 294, 329, 892</p> <p>Récusation : 391, 401</p> <p>Refus d'entrer en relation commerciale : 91, 694, 699 s., 712, 714, 753</p> <p>Règle de raison : 341, 440, 730</p> <p>Règlement administratif : 163</p> <p>Réseaux de distribution : 196 s.</p> <p>Responsabilité</p> <ul style="list-style-type: none"> - civile : 413 s. - pénale : 417, 445, 461 s. <p>restructuration : 191, 483, 516, 517, 549, 553</p> <p>Ristourne : 830, 831, 834</p> <p style="text-align: center;">-S-</p> <p>Sanction</p> <ul style="list-style-type: none"> - civile : 411 s. - pénale : 12, 461 s. ; 823
--	---

<p>Parts de marché : 593, 607, 680 s. Patent pool : 900, 901 Position dominante : 658 s. Pot-de-vin : 828, 830s.</p> <p>Secret d'affaires : 643, 786, 788, 803, 813 s. Seuil de sensibilité : 732 s. Spécificité - principe de- : 158 Substituabilité/ substitution : 611, 612 s. Suspension : 402, 470, 474, 632 Sources du droit : 161 s.; 404 s. ; 870 s.</p> <p style="text-align: center;">-T-</p> <p>Trafic d'influence : 451, 839, 840 Traité de Rome : 59, 736 Transparence : 216 s. Transplantation :15, 33, 39, 48, 51s.; 140, 286 Tribunaux populaires chinois : 353 s. Treble damages : 367, 435 s.</p>	<p>- administrative : 467 s. -V-</p> <p>Vente - liée : 704 s.; 904 - directe : 818, 842 - avec primes : 824 s.</p> <p style="text-align: center;">-U-</p> <p>Unification : 383, 917</p> <p style="text-align: center;">-Z-</p> <p>Zone : 84, 167 s. - économique spéciale : 171 - est et intérieure : 168 s. - nord-est : 173 s. - nord ouest : 179 s.</p>
--	--



Résumé :

Après 30 ans de réforme économique et juridique, la Chine a enfin adopté sa loi nationale en matière de concurrence: la Loi antimonopole du 30 août 2007, entrée en vigueur le 1^{er} août 2008. Cette thèse porte sur l'effort que le Gouvernement chinois a consacré à réformer le droit de la concurrence pour établir et protéger son économie de marché socialiste afin de permettre aux entreprises nationales et étrangères de participer au jeu de la concurrence sur la base de principes d'égalité, de liberté et de transparence. Dans cette thèse, une étude comparée est menée selon deux dimensions : verticale et horizontale. Dans la dimension verticale, le droit chinois de la concurrence montre une continuité dans le temps de la culture juridique traditionnelle remontant à plus de 2000 ans, tandis qu'horizontalement, il se place dans le sillage du droit de la concurrence de l'Union européenne qui constitue une source inépuisable d'inspiration. La loi antimonopole de la Chine comprend notamment une interdiction des pratiques anticoncurrentielles (l'interdiction des ententes et celle de l'abus de position dominante), un contrôle des concentrations et des monopoles administratifs, des règles institutionnelles et des règles de la responsabilité juridique de l'infraction à la loi. Il est à noter que le périmètre de la réforme du droit de la concurrence en Chine ne se borne pas qu'au droit antitrust au sens propre, elle implique aussi le développement du droit contre la concurrence déloyale et l'évolution de la relation entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle.

Descripteurs : *culture juridique traditionnelle chinoise, réforme économique et juridique chinoise, loi antimonopole chinoise, inspiration, système européen du droit de la concurrence*

Title and Abstract : The reform of Chinese Competition Law: the inspiration from the legal system of the Europe Union

After 30 years of economic and legal reform, China finally enacted its competition law: the Anti-Monopoly Law of August 30, 2007 which came into force on August 1, 2008. This thesis reviews firstly China's efforts to reform its legal system of competition in order to establish and to protect the socialist market economy, in which not only the national enterprises but also foreign commercial entities will be able to participate in the game of competition on the Chinese market on the basis of equality on legal status, of freedom to fix prices and of transparency in the market information in the Chinese substantive and procedural legal framework. Secondly, the comparative method used in this thesis touches upon two aspects: the vertical and the horizontal. (The vertical dimension is unfurled in the historical process whereby the Chinese legal system de la concurrence has demonstrated how it is influenced by its traditional legal culture of more than two thousand years, on one hand; and on the other hand, the horizontal comparative study makes it clear that the Chinese competition law follows in the wake of the European Union whose competition legal system is an inexhaustible resource of inspiration for the Chinese antimonopoly law. So, we focus our study on the contents of the Chinese antimonopoly law which include a merger control, the prohibition of anticompetitive practices (the cartel prohibition and the prohibition of abuses of dominance), and the control of anticompetitive behaviors of public authorities, the institutional rules and the rules of legal responsibility in the breach of law. However, the area of Chinese legal reform in the domain of competition is not confined to the antitrust law in its strict sense; it implicates also the enactment of the law for Countering Unfair Competition and the evolution of the relationship between the antitrust law and the intellectual property law. This constitutes our last focus of study.

Keywords : *Chinese traditional legal culture, Chinese economic and legal reform, Chinese anti-monopolistic law, inspiration, European legal system of competition law*