

Se préparer à la refonte du régime de contrôle des fusions en Chine



CHINE

CONTEXTE

En Chine, comme dans l'UE et aux États-Unis, le contrôle des fusions a potentiellement été une étape clé pour les fusions, acquisitions et créations de coentreprises transfrontalières. Une concentration d'opérateurs économiques pouvant conduire à une concentration du pouvoir de marché, les opérateurs économiques doivent obtenir une autorisation de fusion de l'administration chinoise de Régulation du Marché (la « SAMR ») pour leur projet de « concentration » si les seuils de notification sont atteints.

Lorsqu'un projet de fusion-acquisition ou de coentreprise constitue une transaction soumise à déclaration, les conséquences juridiques du défaut de déclaration peuvent aller au-delà d'une simple amende administrative. Ainsi, Tencent Holdings Ltd., un conglomérat multinational chinois du divertissement, a omis de déclarer l'acquisition de 61,64 % des actions de China Music Corporation en 2016 à la SAMR pour obtenir une autorisation préalable. Tencent a été condamné par la SAMR en 2021 à prendre les mesures nécessaires afin de revenir à l'état antérieur à la concentration.

MISES À JOUR DU RÉGIME MODIFIÉ DE CONTRÔLE DES FUSIONS

Le 24 juin 2022, le Comité permanent de l'Assemblée nationale populaire de Chine a adopté les modifications apportées à la Loi anti-monopole de Chine (la « LAM amendée ») après une consultation publique et un examen de deux ans. Il s'agit du premier amendement à la Loi anti-monopole depuis sa promulgation en 2008. La LAM amendée est entrée en vigueur le 1er août 2022.

Afin de fournir des précisions sur la LAM amendée, la SAMR a publié le 27 juin 2022 le projet de *Règles de mise en œuvre du seuil de notification du contrôle des fusions et les Dispositions de l'examen du contrôle des fusions* (les « Projets »).

La LAM amendée et les Projets proposent d'importants changements au régime du contrôle des fusions en Chine, qui incluent notamment les principaux points suivants :

- *Augmentation des seuils de chiffre d'affaires*

En Chine, les seuils de chiffre d'affaires déclenchant l'obligation de notification ont été fixés en 2008 lorsque la Loi anti-monopole a été promulguée. Depuis lors, les seuils sont restés inchangés. Afin de refléter fidèlement la croissance économique chinoise de la dernière décennie, les Projets proposent de réviser les seuils de notification des fusions en relevant ceux existants.

Seuils existants	Nouveaux seuils proposés
1. Les opérateurs économiques concernés dont le chiffre d'affaires mondial combiné est de 10 milliards de RMB, ou dont le chiffre d'affaires combiné en RPC est supérieur à 2 milliards de RMB ; et	1. Le chiffre d'affaires mondial combiné des opérateurs économiques concernés est de 12 milliards de RMB, ou le chiffre d'affaires combiné en RPC est supérieur à 4 milliards de RMB ; et
2. Chacun des deux opérateurs économiques concernés a un chiffre d'affaires en RPC supérieur à 400 millions de RMB	2. Chacun des deux opérateurs économiques concernés a un chiffre d'affaires en RPC supérieur à 800 millions de RMB

Si les modifications du seuil de chiffre d'affaires sont acceptées dans la version finale des Projets, cela entraînerait une diminution du nombre de transactions soumises à notification, et les petites entreprises ayant un faible chiffre d'affaires pourraient être exemptées de l'obligation de notification, allégeant ainsi la charge de travail de la SAMR.

- *Obligations de notification des acquisitions prédatrices*

L'acquisition de concurrents de petite ou moyenne taille par des entreprises géantes que l'on appelle « acquisitions prédatrices » (*killer acquisitions*) sont devenues un sujet brûlant à l'échelle mondiale (par ex. l'acquisition par Facebook de Whatsapp, par Google de Motorola Mobility). Elles ont attiré l'attention du contrôle des fusions dans de nombreuses juridictions.

Pour répondre à ces préoccupations, la nouvelle LAM amendée habilite la SAMR à examiner et intervenir dans les « acquisitions prédatrices » qui n'atteignent pas les seuils de chiffre d'affaires tels qu'ils sont énoncés à la section *Augmentation des seuils de chiffre d'affaires* ci-dessus. Ainsi, si le chiffre d'affaires annuel d'un opérateur économique en Chine dépasse 100 milliards de RMB, et que la valorisation ou l'évaluation du marché de l'autre opérateur économique dépasse 800 millions de RMB et que ses revenus en Chine dépassent un tiers de son chiffre d'affaires global, une notification de concentration d'opérateurs économiques doit être déposée auprès de la SAMR pour approbation.

Toutefois, il reste à voir comment le test ci-dessus sera mis en œuvre en pratique, car la détermination de la valeur marchande d'un opérateur économique dans le cadre d'une concentration peut faire l'objet de discussions.

- *Secteurs prioritaires pour l'examen du contrôle des fusions*

La LAM amendée ajoute une disposition imposant à la SAMR de renforcer son examen des transactions liées aux intérêts nationaux et aux moyens de subsistance de la population.

Les secteurs de la finance, des médias, de la technologie, des start-ups, des nouveaux modèles d'entreprise ou des industries à fort besoin de main-d'œuvre pourraient faire partie des secteurs prioritaires soumis à un examen strict, car ces secteurs sont spécifiquement mis en évidence comme des domaines devant faire l'objet d'un examen renforcé du contrôle des fusions dans l'*avis du Conseil d'État sur l'accélération de la construction d'un marché unifié et national* publié en avril 2022.

- *Mécanisme « Stop-the-clock »*

Dans le régime actuel, la SAMR dispose d'un délai de 180 jours maximum pour autoriser une notification de fusion. Le processus d'examen d'une fusion comporte normalement les étapes suivantes.

Etape	Durée	Remarque
Préparation des documents de notification	Spécifique à chaque cas	Le calendrier varie en fonction du nombre de marchés pertinents, du délai et de l'exhaustivité des réponses des parties concernées aux demandes d'informations.
Examen de Phase I	30 jours	La plupart des cas simples sont résolus à ce stade
Examen de Phase II	90 jours	La plupart des cas normaux sont résolus à ce stade
Examen prolongé de Phase II	60 jours	Cela ne concerne généralement que les affaires comportant des questions complexes ou des problèmes de concurrence importants.

En application des Projets, le mécanisme « *stop-the-clock* » suspend le processus d'examen des fusions et fournit à la SAMR un temps supplémentaire pour examiner une transaction, si :

- (1) les parties notifiantes ne fournissent pas les informations ou les documents demandés ;
- (2) survenance de nouvelles circonstances ou de nouveaux faits qui ont un impact important sur l'examen ; ou
- (3) à la demande des parties notifiantes, les mesures proposées nécessitent une évaluation plus approfondie.

Ce mécanisme de « *stop-the-clock* » peut permettre à la SAMR de disposer de plus de temps lors de l'examen de dossiers de fusion complexes, en particulier ceux qui impliquent la négociation des mesures. Dans certains cas, la SAMR peut suggérer ou indiquer qu'elle attend certaines mesures que les parties ne sont pas encore prêtes à accepter, en particulier si la période d'examen prolongée de la phase II est sur le point d'expirer. Dans cette situation, si les parties souhaitent maintenir ouvertes les négociations avec le SAMR, elles peuvent retirer volontairement leur demande pour certaines raisons techniques, et la soumettre à nouveau immédiatement, en recommençant à la phase I de l'examen. En tant que tel, le mécanisme « *stop-the-clock* » élimine en grande partie la nécessité pour les entreprises ayant des transactions complexes de retirer et de déposer à nouveau leurs documents si l'examen se prolonge au-delà du délai de 180 jours. Toutefois, le mécanisme « *stop-the-clock* » peut entraîner une incertitude pour les cas moins complexes.

- ***Pénalités plus élevées en cas de violation***

Au titre de la LAM amendée, l'amende sera portée de 500 000 RMB à 5 millions RMB pour les transactions qui ne nuisent pas à la concurrence, si les parties impliquées omettent de notifier à la SAMR une transaction devant être notifiée ou se livrent à la réalisation anticipée d'une opération de concentration. Pour les fusions ayant des effets anticoncurrentiels, l'amende est fixée à un maximum de 10 % du chiffre d'affaires de la partie en infraction au cours de l'année précédente.

La LAM amendée indique également que les sanctions LAM pourraient être enregistrées dans le système de crédit social de l'entreprise contrevenante. Alors que le gouvernement continue de prendre des mesures pour construire et améliorer le système de crédit social, le pouvoir de publier les dossiers de crédit social poserait des risques pour la réputation des entreprises.

La LAM amendée ouvre, pour la première fois, la possibilité d'une responsabilité pénale lorsque l'infraction au droit de la concurrence constitue un délit. À l'heure actuelle, les violations de ces règles ne constituent pas des infractions pénales en Chine, à l'exception de l'obstruction à une enquête qui peut être considérée comme un délit en vertu du droit pénal chinois. La LAM amendée ne crée pas de nouvelles infractions pénales, mais elle suggère que le gouvernement chinois envisage d'introduire des sanctions pénales pour les violations du droit de la concurrence. Cela nécessiterait des modifications ultérieures du Droit pénal chinois.

CONSÉQUENCES PRATIQUES ET RECOMMANDATIONS

Les coûts financiers liés à la violation des règles de concurrence ayant augmenté de manière significative, les parties doivent évaluer avec soin la nécessité de notifier la création de leur coentreprise, leur acquisition ou leur fusion à l'avenir - en particulier dans les cas



NEWSLETTER



NEWSLETTER - INFORMATIONS JURIDIQUES

PROPOSÉES PAR LE CABINET DS AVOCATS

susceptibles de poser des problèmes de concurrence, car les amendes ont augmenté de manière exponentielle et vont de 500 000 RMB à un maximum de 10 % du chiffre d'affaires des parties concernées au cours du dernier exercice.

En outre, étant donné que le mécanisme « stop the clock » peut entraîner une incertitude quant au calendrier, il est recommandé aux entreprises de faire preuve d'une attention particulière lors de la planification du calendrier des transactions si l'autorisation du contrôle des fusions est requise.



Pour toute information complémentaire, merci de contacter :

LIU Yimin
Associate - Shanghai Office
liuyimin@dsavocats.com