

Impacts du projet de loi anti-monopole sur le regroupement des opérateurs économiques



Le 2 janvier 2020, l'Administration d'État de la RPC pour la régulation du marché (« **AMR** », Administration for Market Regulation) a publié un projet d'amendement de la loi anti-monopole (« **projet AML** », Anti-Monopoly Law) afin de solliciter l'opinion publique. Le projet AML aborde de nombreuses questions qui ont fait l'objet des débats au cours des dix dernières années depuis la mise en œuvre de la loi anti-monopole¹ et vise à créer un meilleur environnement commercial pour les entreprises privées et étrangères.

Parmi les modifications apportées dans le cadre du projet AML, cet article a pour objectif de sélectionner les principales modifications apportées au régime de contrôle des fusions et d'analyser l'impact potentiel de ces modifications sur les opérations de fusion et d'acquisition.

1. OBLIGATION DE NOTIFICATION AML

Conformément à la loi anti-monopole en vigueur (« **AML en vigueur** »), si une transaction est considérée comme un regroupement d'opérateurs économiques atteignant certains seuils de notification, les opérateurs économiques concernés doivent notifier le regroupement à l'organisme chargé de l'application de la loi anti-monopole (« **agence AML** ») au préalable (« **notification AML** »). En l'absence de notification AML, aucun regroupement ne peut avoir lieu. Le projet AML maintient ce régime de contrôle des fusions avec plusieurs ajustements, tel que décrit ci-dessous.

(1) Définition du regroupement des opérateurs économiques

Dans le cadre de l'AML en vigueur, le regroupement d'opérateurs économiques se réfère aux circonstances suivantes : (i) les opérateurs économiques procèdent à une fusion ; (ii) un opérateur économique obtient un droit de contrôle sur d'autres opérateurs par le biais de l'achat d'actions ou d'actifs ; ou (iii) un opérateur économique obtient un droit de contrôle sur d'autres opérateurs ou est en mesure d'exercer une influence décisive sur d'autres opérateurs par le biais d'un contrat ou de tout autre moyen.

L'AML en vigueur ne dit rien sur la signification du terme « contrôle » ci-dessus tandis que le projet AML, pour la première fois, définit clairement le terme de « contrôle » au niveau de la législation, c'est-à-dire les droits ou le statut réel des opérateurs économiques qui, directement ou indirectement, individuellement ou conjointement, ont ou peuvent avoir une influence décisive sur les activités économiques ou d'autres décisions importantes des autres opérateurs économiques.

Cette définition du « contrôle » ne se concentre pas uniquement sur les droits légaux de contrôle. En effet, elle met également l'accent sur le statut réel du contrôle (c'est-à-dire le droit de fait). Cette définition est conforme à l'esprit des avis directeurs sur la déclaration de regroupement des opérateurs économiques², qui soulignent également que des facteurs tant juridiques que factuels doivent être pris en compte pour évaluer le pouvoir de contrôle et énumèrent certains facteurs qui doivent être pris en compte (par exemple, un accord de vote par procuration ou une personne agissant de concert entre les actionnaires et les administrateurs, une relation d'affaires ou un accord de coopération entre l'acquéreur et la cible, etc.). En outre, l'agence AML peut également disposer d'une plus grande latitude pour évaluer l'existence d'un droit de contrôle de fait.

Ainsi, même dans le cadre d'une opération d'acquisition de participations minoritaires, l'acquéreur peut acquérir un pouvoir de contrôle et constitue ainsi un regroupement d'opérateurs économiques.

(2) Seuil pour la notification AML

Dans le cadre de l'AML en vigueur, le seuil de notification AML (« **seuil** ») est formulé par le Conseil d'Etat, qui, sur la base de l'exercice précédent, représente :

(i) le chiffre d'affaires mondial combiné des parties à la transaction a dépassé 10 milliards de yuans, et le chiffre d'affaires chinois de chacune d'au moins deux des

¹Promulguée par le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale le 30 août 2007 et entrée en vigueur le 1^{er} août 2008.

²Promulgué par l'AMR le 29 septembre 2018 et entré en vigueur à la même date.

parties à la transaction a dépassé 400 millions de yuans, ou bien

(ii) le chiffre d'affaires combiné des parties en RPC a dépassé 2 milliards de yuans et le chiffre d'affaires chinois de chacune d'au moins deux des parties à la transaction a dépassé 400 millions de yuans.

Toutefois, le projet AML accorde à l'agence AML le pouvoir de formuler et de modifier le seuil. Si ce pouvoir est décentralisé du Conseil d'État vers l'agence AML, l'ajustement du seuil sera rendu à l'avenir plus flexible dans le processus législatif. En outre, le projet AML prévoit également que l'ajustement du seuil sera effectué en fonction du niveau de développement économique et de l'échelle industrielle. Ainsi, il est possible d'ajuster le seuil en fonction du montant de la transaction, du montant de l'actif, etc. ou bien de stipuler séparément le seuil pour certaines industries clés.

(3) Peine pour regroupement illégale

Le niveau actuel des sanctions pour regroupement illégale d'opérateurs économiques est souvent critiqué pour n'avoir aucun effet dissuasif, le montant de l'amende étant limité à 500 000 RMB. Toutefois, le projet AML relève le niveau de la sanction à « moins de 10 % du chiffre d'affaires de l'année précédente ».

Par conséquent, par rapport à la limite actuelle de 500 000 RMB, le montant des pénalités basé sur 10 % du chiffre d'affaires de l'année précédente peut être considérablement augmenté et l'effet dissuasif le sera également. Toutefois, le champ d'application et les méthodes de calcul du chiffre d'affaires ne sont pas clairs dans le projet AML.

2. RÉVISION DE LA NOTIFICATION AML

Le projet AML conserve le même processus d'examen de la notification AML que l'AML en vigueur, c'est-à-dire que l'agence AML peut appliquer entre une et trois phases d'examen : la première phase ou examen préliminaire (30 jours) ; la deuxième phase d'examen (jusqu'à 90 jours) ; et l'examen prolongé (jusqu'à 60 jours). En outre, le projet AML introduit également les nouvelles règles suivantes.

(1) Nouvelle règle d'arrêt du processus d'examen

Le projet AML ajoute trois situations pour lesquelles le temps nécessaire ne doit pas être compté dans le délai d'examen : (i) la période d'examen suspendue sur demande ou avec le consentement du demandeur ; (ii) la soumission de documents et de matériels supplémentaires conformément aux exigences de l'agence AML ; (iii) la consultation entre l'agence AML et les opérateurs concernant les suggestions de conditions restrictives supplémentaires.

Cette nouvelle règle peut avoir pour toile de fond le fait que la période d'examen réglementaire actuelle n'est généralement pas suffisante pour permettre à l'agence AML de prendre une décision finale, en particulier lorsque des documents et des pièces supplémentaires sont requis ou que des mesures correctives sont négociées.

(2) La décision de révision est révocable

Pour la première fois, le projet AML prévoit que la décision de révision peut être révoquée s'il existe des faits et des preuves indiquant que les documents et les éléments fournis par le demandeur sont ou peuvent être faux ou inexacts et qu'un réexamen est nécessaire. Dans ce cas, l'agence AML peut mener une enquête à la demande de la partie intéressée ou selon son autorité, et décider de révoquer la décision de réexamen initialement prise.

Cette nouvelle règle a fourni une base juridique claire à l'agence AML pour traiter le cas où une approbation a été accordée au regroupement d'opérateurs économiques sur la base de matériaux contrefaits ou de toute déclaration inexacte. Elle est également la preuve que l'agence AML peut continuer à surveiller les transactions qui ont même été soumises à l'examen de la notification AML.

3. ENQUÊTE SUR UN REGROUPEMENT SANS ATTEINDRE LE SEUIL

Le projet AML exige que l'agence AML procède à une enquête lorsque le regroupement des opérateurs économiques n'atteint pas le seuil mais a ou peut avoir pour effet d'exclure ou de restreindre la concurrence. Cela est conforme à la règle actuelle du règlement sur la norme de déclaration de regroupement des opérateurs économiques³ et l'a porté au niveau juridique.

³Promulguée par le Conseil d'État le 18 septembre 2018 et entrée en vigueur à la même date

En outre, le projet AML prévoit des sanctions correspondantes, notamment l'interdiction du regroupement ou l'imposition de restrictions supplémentaires, mais si l'opérateur a réalisé le regroupement, il peut également se voir ordonner de suspendre la réalisation du regroupement, de céder des actions ou des actifs dans un délai donné, de transférer des activités dans un certain délai, et de prendre d'autres mesures de redressement nécessaires pour rétablir l'état antérieur au regroupement.

Nos suggestions

Dans l'ensemble, le projet AML a fourni un régime de contrôle des regroupements plus strict, notamment en augmentant les sanctions pour les regroupements illégaux et en accordant à l'agence AML plus de pouvoir et de discrétion dans l'enquête et l'examen du regroupement et même pour révoquer une décision dans certaines circonstances.

En conséquence, voici quelques suggestions générales à l'intention des sociétés dans le cadre des opérations de fusion et d'acquisition si le projet AML est adopté ultérieurement :

- (i) même en cas d'acquisition d'actions minoritaires, la société peut encore avoir besoin d'examiner si elle acquiert le pouvoir de contrôle en vertu de la nouvelle définition du projet AML et évaluer ensuite si elle a atteint le seuil afin de décider si elle doit ou non déposer la notification AML. L'entreprise doit également suivre tout ajustement du seuil de temps en temps ;
- (ii) s'assurer de la conformité de la transaction, y compris le respect de l'obligation de notification AML, la sincérité de la notification AML, le respect de toute condition restrictive supplémentaire, etc. afin d'éviter toute sanction grave ; et
- (iii) pour éviter que l'examen de la fusion ne soit prolongé de manière injustifiée, la société doit accorder une plus grande attention à la qualité et à l'exhaustivité des documents de présentation initiale afin d'éviter ou de réduire les compléments ultérieurs.

N'hésitez pas à nous contacter :

LIU Yimin - Senior Associate

liuyimin@dsavocats.com

Yang Lili - Associate

yanglili@dsavocats.com



Pour toute information
complémentaire,
merci de contacter :

asie@dsavocats.com

Pour vous désinscrire cliquer [ici](#)