

## LE DROIT NOUVEAU DE LA CONCURRENCE A HONG KONG

La **Competition Ordinance**, votée le **14 juin 2012**, est finalement entrée pleinement en vigueur le **14 décembre 2015**\_après 10 ans de travaux, de rudes débats et 4 ans 1/2 de mise en œuvre progressive.

### Le contexte

Hong Kong était une des rares économies avancées qui n'était pas dotée d'une loi sur la concurrence. Une centaine de pays à travers le monde ont des lois régissant la concurrence et Hong Kong faisait figure d'exception. En Asie du Sud-Est seuls quatre pays : la Corée du Nord, le Népal, la Birmanie et le Cambodge n'ont actuellement pas de législation en la matière...

Les milieux d'affaires opposés à la réforme pensaient que Hong Kong en fait n'en avait pas besoin, répétant à l'envi que la vraie autorité de la concurrence c'était la liberté économique et le libre marché.

Il est vrai que Hong Kong, fondée sur la liberté d'entreprendre et les échanges commerciaux, a été classée avec une belle régularité comme une des économies les plus libres et les plus concurrentielles de la planète et il est exact qu'il n'existe que très peu de barrières légales à l'entrée des différents marchés.

Mais en réalité deux secteurs économiques bien distincts coexistent.

Tout d'abord il existe un marché tourné vers l'exportation. Celui-ci est soumis à la concurrence de producteurs qui se battent sur les marchés internationaux. Il s'agit des secteurs de l'habillement, des biens électriques, électroniques, des jouets et des chaussures. Ce marché est sans nul doute très concurrentiel.

L'autre pan de l'économie de Hong Kong est le marché local des biens et des services et celui-ci était jusqu'à maintenant soumis à toutes les pratiques anticoncurrentielles possibles et de nombreux segments de l'économie locale sont dominés par les monopoles, duopoles, oligopoles et cartels.

Le « laissez faire » a indiscutablement contribué à la survie et au développement de Hong Kong mais également à l'émergence de conglomérats omnipotents animés par une catégorie d'hommes d'affaires : les Tycoons. Ceux-ci au travers des conglomérats considérables possèdent à peu près tout – taxis, bus, ferries, télécoms, énergie, activités portuaires, médias.

L'économie de Hong Kong ne saurait plus aujourd'hui créer de Tycoons, ils sont

l'apanage d'une société qui a disparue mais leurs entreprises dominent encore l'économie.

Les exemples ne manquent pas.

Le port de Hong Kong, par exemple, le 9<sup>ème</sup> du monde, dispose de **24 postes d'accostage**. **Hutchinson International Terminals** en gère 14 (contrôlé par le groupe de **Li Ka Shing**) **Modern Terminals Ltd** en gère 7 (Familles **Woo/Pao**). Ainsi, deux entités contrôlent plus de **87 %** de l'espace d'accostage de Hong Kong et les coûts de manutention au terminal sont les plus élevés au monde.

Sur le marché de l'énergie, deux sociétés intègrent verticalement la production la distribution de l'électricité avec des monopoles géographiques. (**HK Electric** (groupe de **Li Ka Shing**) et **CLP** (Famille **Kadoorie**). Malgré la densité du territoire et la demande considérable les prix de l'électricité sont relativement élevés.

Concernant les lignes de bus, il existe un duopole qui se partage le territoire: **Kowloon Motor Bus** couvre Kowloon et les Nouveaux Territoires (Famille **Kwok**) et **New World First Bus** et **New World Group** (**Cheng Yu-tung**) couvrent l'île de Hong Kong.

S'agissant de l'essence, les prix à la pompe ne sont pas affichés à l'extérieur des stations car ils sont les mêmes partout alors même que plusieurs marques se partagent le marché Sinopec, Caltex, Shell... Les prix figurent parmi les plus élevés au monde alors que le litre d'essence est très faiblement taxé.

Mais les pratiques les plus choquantes concernent le marché du détail où les marques dépendent de conglomérats qui ont par ailleurs souvent construit le complexe, possèdent la galerie marchande et ont dès lors le pouvoir de sélectionner les nouveaux locataires.

Le secteur des supermarchés est notamment dominé par un duopole : d'une part **Wellcome**, possédée par **Jardine Matheson** et d'autre part la chaîne **Park N'Shop**, contrôlée par **Hutchison Whampoa** (**Li Ka Shing**).

Cette situation est aggravée dans le commerce de détail par la pratique du **Retail Price Maintenance** – prix de revente imposé - tout à fait légal jusqu'à ce jour.

On se souvient des déboires de Carrefour qui s'apprêtait à la fin des années 1990 à entrer en force à Hong Kong pour y introduire le discount. Il n'aura pas fallu plus de quatre ans pour que Carrefour, arrivé en 1996, soit évincé du marché.

Le Consumer Council, organe gouvernemental chargé de la protection des consommateurs, a diligenté une enquête qui a confirmé, après avoir interrogé 22 fournisseurs qui avaient *blacklisté* Carrefour, que sept d'entre eux avaient imposé des prix minimums de revente au nouvel arrivant. Il a été établi également que les annonceurs avaient également subi des pressions.

**Wall Mart** a connu les mêmes déboires ainsi que de grands magasins japonais.

Ces entreprises auraient pu sans doute s'implanter mais au prix d'un **cash burning** considérable et injustifié. Ils ont préféré renoncer, Hong Kong n'étant en fait qu'un petit marché de 7 millions d'habitants.

Ce système verrouillé s'est maintenu jusqu'à ce jour, la voix des consommateurs n'étant pas entendu, les Tycoons disposant de votes multiples au travers leurs filiales dans tous les sous-secteurs de l'activité économique.

La situation n'était plus tenable et certains secteurs économiques ont compris qu'il devenait important pour préserver à Hong Kong sa compétitivité de disposer d'une concurrence efficace.

Jusqu'en 2005 le premier *chief executive*, **Tung Che Wha** était lui-même un Tycoon dans le domaine du shipping. Le second C.E. **Donald Tsang**, arrivé en juin 2005 était un ancien fonctionnaire de l'ère britannique beaucoup moins sujet semble-t-il à l'influence des groupes de pression économiques.

Une fois la loi votée, la mise en application s'est faite très progressivement : Il a fallu mettre en place les institutions, notamment la Commission puis le Tribunal en juin 2015. La Commission a édité six recommandations détaillées – les **Guidelines** et une importante campagne de sensibilisation a été lancée : publicité sur les trams, spots télévisés, site internet : [www.compcomm.hk](http://www.compcomm.hk)

Lentement une révolution silencieuse est en train de s'opérer.

-----

La loi est inspirée du droit européen de la concurrence mais avec des spécificités propres à l'économie locale.

L'Ordonnance s'applique à toutes les entreprises, qu'elles soient ou non établies à Hong Kong, dès lors que leurs comportements ont un effet sur la concurrence et sur le marché.

A la différence du droit européen où toutes les entreprises mêmes publiques sont soumises de plein droit à l'application des règles de concurrence, le texte de Hong Kong comporte diverses exemptions dont peuvent bénéficier des entreprises qui remplissent certaines conditions et les **statutory bodies** (**HKTDC, SFC,...**). sont exemptés spécifiquement par le texte. Ils ne sont pas moins de **575....**

C'est une des faiblesses de la loi. Le **Hong Kong Trade Development Center**, par exemple, qui gère le **Convention and Exhibition Center** est exempté alors qu'il fournit des services en concurrence avec des joueurs beaucoup plus petits.

En outre, le **Chief Executive** dispose d'un droit discrétionnaire, virtuellement absolu, de ne pas faire appliquer la loi à qui que ce soit. Ceci limite la portée et la force de l'Ordonnance et constitue une atteinte substantielle à la **Rule of Law**.

## Le contenu de la Loi sur la Concurrence

### La première règle de conduite – **First conduct rule**

Cette première règle de conduite interdit aux entreprises d'entrer dans un accord ou dans une pratique concertée tendant à restreindre ou « distordre » la concurrence mais l'Ordonnance en revanche organise un régime procédural distinct selon que la pratique anticoncurrentielle constitue une "**restriction flagrante**" ou non.

Les "restrictions flagrantes" totalement interdites énumérées par la loi sont les suivantes :

1. Entente sur les prix - **Price fixing**.
2. Limitation et le contrôle de la production - **Output restriction**
3. Partage des marchés, de la clientèle ou des sources d'approvisionnement - **Market sharing**
4. Les soumissions concertées dans les procédures d'appels d'offres - **Bid rigging**

La loi peut être violée si des concurrents s'accordent pour fixer des prix, se répartir des marchés et échanger des informations sensibles (tarifs, business plans, stratégies de marketing, etc...) Les cartels sont donc visés.

La Commission de la Concurrence pourra aussi exempter à ce titre certains accords ou catégories d'accords, notamment verticaux - s'ils ont des effets bénéfiques notamment pour les consommateurs.

La loi a un effet extraterritorial et donc peu importe le lieu où les ententes sont conclues.

La loi prévoit un régime de repentir très efficace- **Leniency regime**.

Potentiellement il s'agit d'un puissant moyen puisque cela affecte la confiance des membres du cartel. Comment savoir si un des membres ne va pas dénoncer le cartel contre une immunité ? Le fait de s'engager dans une activité de cartel n'étant pas une infraction pénale, il n'y a donc pas de risques à dénoncer un cartel dont on fait partie.

### La deuxième règle de conduite : **The second conduct rule**

Cette règle interdit aux entreprises qui détiennent **une part substantielle du marché de s'engager dans une pratique ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence**. Ce n'est pas tout à fait l'abus de position dominante.

Pratiques visées par le texte :

- Ventes liées ou groupées - ***Tying and bundling***
- Refus de vente - ***Refusal to supply***
- Stratégie de compression des marges ou stratégie ciseau tarifaire - ***Margin squeeze***

L'Ordonnance est silencieuse sur le seuil de part de marché au-dessus duquel une entreprise est susceptible de détenir un pouvoir de marché. Selon le Gouvernement, une part de marché supérieure à 40 % est indicative de puissance économique. En revanche, une telle puissance serait peu vraisemblable si elle est inférieure à 25 %.

Comparé aux législations de l'UE, de Singapour ou même de Chine qui adoptent un test de position dominante, la limite fixée à Hong Kong est plus basse.

Il s'agit sans aucun doute de s'adapter à la situation Hon Kong où existent des oligopoles dans lesquels aucun membre ne peut être vraiment être considéré comme dominant.

Les règles ne devraient pas s'appliquer aux joint-ventures sous réserve des circonstances du rapprochement.

Le contrôle des opérations de concentration est par ailleurs limité au seul secteur des télécommunications.

## **Les organes – Une Commission et un Tribunal**

### **La Commission**

La Commission mise en place dispose de pouvoirs d'enquête importants. Elle peut adresser des demandes de renseignement aux entreprises, recueillir des déclarations ou bien encore effectuer des perquisitions dans les locaux des entreprises sur mandat judiciaire de la High Court – les fameux ***dawn raids***.

Lorsqu'elle est d'avis qu'une infraction a été commise, la Commission peut soit transiger, soit porter l'affaire devant le Tribunal de la Concurrence. Ces pouvoirs ne s'appliquent qu'en cas de "**restrictions flagrantes**" et d'abus de puissance économique. Pour toutes les autres pratiques, la Commission est tenue d'adresser une lettre d'avertissement aux entreprises les enjoignant de mettre fin à leurs pratiques. La Commission ne pourra poursuivre les entreprises devant le Tribunal que si elles refusent d'obtempérer, et les poursuites ne pourront porter que sur la période postérieure à l'avertissement.

## **Le Tribunal de la Concurrence – *Competition Tribunal***

Seul le Tribunal peut imposer des sanctions, sur saisine de de la Commission. Il n'y pas de possibilité d'actions individuelles.

Le Tribunal dispose de trois mesures principales pour sanctionner les ententes et les abus de puissance économique:

1. Des amendes qui peuvent s'élever à 10% du chiffre d'affaire annuel pour chaque année ou l'infraction a été constatée (sur un maximum de trois années). Le Tribunal à le pouvoir d'imposer des amendes non seulement aux personnes qui ont enfreint les règles concurrence, mais aussi à celles qui ont tenté de commettre l'infraction, facilité ou donné des instructions.
2. Les administrateurs peuvent être interdits de gérer pendant 5 ans.
3. Il peut être accordé des dommages et intérêts aux victimes, sous condition que l'infraction ait été constatée au préalable. ( procédure de ***follow up***)

### **Mise en œuvre de la loi**

En principe la Commission exercera son contrôle avec détermination mais un grand scepticisme est de rigueur dans une partie du public qui doute de l'indépendance de la Commission par rapport au monde des affaires.

Les secteurs qui devraient être en principe visés :

- La construction et la promotion immobilière,
- Les supermarchés et le commerce de détail,
- Les sociétés de gestion d'immeubles

Parmi les institutions les plus visées figurent les **associations professionnelles**, très nombreuses à Hong Kong : Chambres de commerce, chambres des métiers, guildes diverses, etc.... Leurs activités seront sérieusement impactées.

Il ne leur sera plus possible de faire des recommandations sur les pratiques professionnelles, sur les tarifs, sur les conditions d'accès, sur les standards professionnels et de partager des informations sensibles.

Certaines vont demander des exemptions et d'autres sont exemptées de plein droit.

Il sera intéressant de mesurer l'impact de la loi nouvelle dans les mois à venir.

Paris, le 20 Avril 2016

**Jean-Yves Toullec**

---

## **Toullec Solicitors**

*In association with*

**LPA** , Lefèvre Pelletier & associés

Unit 4402-03, 44/F, Cosco Tower

183 Queen's Road Central, Hong Kong

E-mail: [jytoullec@toullec-solicitors.com.hk](mailto:jytoullec@toullec-solicitors.com.hk)

Telephone: +852 2167 2890

Fax : +852 2907 6682

Mobile : +(852) 9077 5530

---