


THE PERSPECTIVE OF “ECONOMIC DEMOCRATISATION” IN KOREA—TENDENCY TO STRENGTHEN THE REGULATION OF LARGE CORPORATIONS’ GOVERNANCES AND ANTITRUST LAW ENFORCEMENT

PERSPECTIVES DE LA « DEMOCRATISATION ECONOMIQUE » EN COREE — VERS UN RENFORCEMENT DE LA REGLEMENTATION EN MATIERE DE GOUVERNANCE DES GRANDES SOCIETES ET UNE PLUS GRANDE APPLICATION DE LA LEGISLATION SUR LES ENTENTES

Hyun Chul CHO* and Seung Min LEE**

 Abuse of dominant position; Large companies; South Korea

INTRODUCTION

Over the past few decades, Korea has achieved remarkable growth. Korea’s nominal gross domestic product (GDP) has increased from ₩2.8 trillion (\$2.5 billion) in 1970 to ₩1,272.5 trillion (\$1,137.7 billion) in 2012, which is approximately a 600-fold growth, while Korea’s foreign exchange reserves have increased from \$89 billion at the time of the 1997 Financial Crisis to \$3,064 billion in 2011. Spurring this incredible growth were government-led economic growth policies as well as integrated investments and specific supports for certain companies, resulting in the formation of so-called “CHAEBOL” conglomerates. This type of phenomenon is not common in any other OECD country.

The term CHAEBOL is known to usually indicate a highly capitalised large company dominated by the founders and their families. Starting as small family firms, Korea’s CHAEBOLs expanded and are now operating their businesses in various sectors including electronics, telecommunication, construction, automotive industry, finance, etc. Presently

* Senior Foreign Counsel, Avocat au Barreau de Paris, Yulchon, LLC.

** Member of the Korean Bar, Ph. D. in Law, Yulchon, LLC.

INTRODUCTION

Au cours des dernières décennies, la Corée a connu une croissance remarquable. Son produit intérieur brut (PIB) a augmenté de 2,8 trillions de won (2,5 milliards de dollars) en 1970 à 1.272,5 trillions de won (1.137,7 milliards de dollars) en 2012, soit un PIB multiplié par 600, tandis que les réserves de change de la Corée sont passées de 89 milliards de dollars lors de la crise financière de 1997 à 3.064 milliards de dollars en 2011. Cette incroyable croissance a été encouragée par des politiques économiques de croissance menées par le gouvernement coréen mais aussi par des investissements concertés et des aides destinées à certaines entreprises. Cela a conduit à la formation de conglomérats appelés « CHAEBOL ». Ce type de phénomène n’est connu d’aucun pays de l’OCDE.

Le terme CHAEBOL désigne généralement une grande entreprise fortement capitalisée et dominée par ses fondateurs et leurs familles. Les CHAEBOLs coréens se sont développés à partir de petites entreprises familiales et exercent désormais leurs activités dans divers secteurs tels que l’électronique, les télécommunications, la construction, l’industrie automobile, la finance, etc. Ces grands conglomérats continuent actuellement à diversifier leurs activités à travers le monde. Les CHAEBOLs coréens ont dans le passé joué un rôle important dans le développement macro-économique de la Corée et cela reste encore

vrai aujourd'hui. Après la crise financière de 1997, les entreprises coréennes ont été confrontées à de nouveaux problèmes, notamment en termes de faible rentabilité, d'augmentation des coûts et de difficultés à répondre aux demandes du marché mondial. Il a été impératif pour les entreprises coréennes de se confronter aux nouveaux défis imposés par l'économie mondiale en pleine mutation. Les CHAEBOLS ont démontré leur capacité à renforcer leur cœur de métier et ainsi améliorer leur valeur, à réduire les coûts et à accroître leurs bénéfices au moyen d'économies d'échelle, à améliorer la qualité du service et à développer une gestion plus flexible par la restructuration et le remaniement de leur personnel. Sans aucun doute, les CHAEBOLS tels que le Groupe Samsung, le Groupe Hyundai et le Groupe LG continuent de poursuivre leurs efforts afin de faire face à des environnements commerciaux de plus en plus complexes.

En dépit de leurs forces, les critiques se multiplient à l'encontre des CHAEBOLS en raison de l'inégalité de revenu croissant entre ces derniers et les petites et moyennes entreprises (« PME ») et de la concentration excessive de la puissance économique en leur sein. Ainsi, depuis les années 1990, la nécessité de renforcer la réglementation en matière d'abus de position dominante et de pratiques anticoncurrentielles des CHAEBOLS est régulièrement à l'ordre du jour. Une telle situation est liée au fait que la loi coréenne sur les pratiques concurrentielles (« Korea's Fair Trade Act ») et la Commission coréenne sur les pratiques concurrentielles (« Korean Fair Trade Commission »— (« KFTC »)) ont été conçues pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises et non aux fins de réguler les fusions.

Le thème de la « démocratisation économique » est venu s'imposer en Corée au début de l'été 2012. Cette question est devenue centrale lors de l'élection présidentielle qui s'est tenue en décembre 2012. Les principaux candidats à la présidentielle ont tous présenté une variété de mesures relatives à la démocratisation économique. De nombreuses mesures ont continué à être évoquées même après l'élection du nouveau président. Le nouveau président a cependant récemment partagé ses inquiétudes craignant qu'une telle pression réglementaire sur les grandes entreprises puisse conduire à réduire durablement les activités d'investissement. La notion de démocratisation économique demeure un concept étrange aux yeux des coréens dans le sens où il n'existe pas de définition précise de ce concept à ce jour. Son concept peut cependant être déduit des mesures de démocratisation économique proposées. Compte tenu de la volonté d'équilibrer la répartition de la croissance économique entre les sujets économiques, de réduire les inégalités de revenus et plus particulièrement de renforcer la réglementation relative à l'abus de position dominante et à la puissance économique des CHAEBOLS, il en ressort que la protection des personnes économiquement vulnérables semble être l'objectif poursuivi par la démocratisation économique.

Ce concept et les mesures prises en faveur de la démocratisation économique sont vigoureusement

these large conglomerates continue to broaden their activities around the world. In the past, Korea's CHAEBOLS have had a large role in the macro-economic development of Korea and this remains true even today. After the financial crisis of 1997, Korean companies faced new problems including low profitability, increased costs and difficulties in responding to the global market. It was imperative for Korean companies to meet the new challenges presented by the changing global economy. The CHAEBOLS have shown their ability to strengthen their own core competencies and thus improving their value, reducing costs and increasing profits with economies of scale, improving service quality and increasing the flexibility of management by restructuring and reorganising their employees. Without a doubt, the CHAEBOLS such as Samsung Group, Hyundai Group, LG Group have and continue to lead the efforts to deal with challenging business environments.

In spite of their strengths, complaints regarding CHAEBOLS are growing in number due to the increasing income inequality between CHAEBOLS and small and medium-sized enterprises (“SMEs”) as well as the excessive concentration of economic power in the CHAEBOLS. Accordingly, since the 1990s, the need to strengthen regulations focusing on the abuse of economic power and antitrust practices of the CHAEBOLS is constantly being raised. Such a situation is related to the fact that Korea's Fair Trade Act and the Korean Fair Trade Commission (“KFTC”) have been developed to deal with anti-competitive practices of enterprises rather than merger control.

In the midst of all this, the topic of “economic democratisation” came up in Korea beginning in the summer of 2012. It became a key issue in the presidential election held in December 2012. The major presidential candidates competitively presented a variety of economic democratisation measures. Even after the new President was elected, numerous measures continued to be suggested, although the new President has recently announced her concerns that such strong regulatory pressure on large companies would shrink sound investment activities.¹ The notion of economic democratisation is still a strange concept to the Korean people as a precise definition cannot be pinpointed. Its concept can be inferred through the suggested economic democratisation measures. Considering the aim of having balanced growth among all economic subjects, the reduction of income inequality and most importantly the strengthening of regulations in regard to the CHAEBOLS' abuse of market dominance and economic power, protecting those in weak economic positions seems to be the focus of the economic democratisation.

This concept and the measures undertaken for economic democratisation are being strongly criticised for the reason

that they are contrary to the principle of a market economy under the Constitution and that they would likely cause negative side effects, e.g. impeding effective competition in the market. In addition, excessive regulation of foreign companies may also cause problems in relation to Korea's free trade agreements with the US and the European Union. Under these circumstances, it is difficult to predict the extent of economic democratisation measures that will be passed in the legislature and in what form they will come.

The need to curtail through greater regulation the abuse of the CHAEBOLs' dominant positions and anti-competitive practices in Korea, however, is agreed on by all in principle. Additionally, if such regulations are crafted within the appropriate range, it will surely be helpful in bringing greater transparency and fairer competition into Korea's market economy, which in turn could play an important role in strengthening the confidence of domestic and foreign investors in the future.

THE GROWTH OF THE CHAEBOLs IN KOREA AND THE CHARACTERISTICS OF COMPETITION REGULATIONS

The growth of the CHAEBOLs in Korea

Even though the term CHAEBOL can be easily found in numerous newspaper articles, it is a vernacular term, not a legal one. As such, it is difficult to find its definition in the current law. Theoretically, the CHAEBOLs are defined as “the conglomerates which are owned, dominated and uniformly operated as a whole by the owners and their families. They have the characteristics that the ownership and management are not completely separated in that the owners and their families dominate all aspects of business, and they have comprehensive economic power through the operation of a variety of industries which are not correlated with each other.”²

The CHAEBOLs were initially formed in the 1950s through the allocation of foreign aid to pursue the activation of trading businesses and import-substitute industries. Their position was enhanced through government economic growth policies created to foster the export industry in the 1960s. More specifically, after setting certain policy objectives, the government supplied resources and technology to the companies in order to achieve those objectives. As a result, the companies were able to achieve dominant positions in some industries, and they could grow as CHAEBOLs by expanding their market power into other industries.³

During Korea's industrial development process, the government has focused on efficient utilisation of the scarce resources and concentrated those resources on the CHAEBOLs. The CHAEBOLs in return have made significant contributions to the rapid economic growth of Korea. In

critiqués car contraires au principe d'une économie de marché, principe à valeur constitutionnelle et porteurs d'effets négatifs en ce qu'ils constituent des entraves à une concurrence effective sur le marché. De plus, une réglementation trop contraignante pesant sur les entreprises étrangères peut causer des difficultés d'application des accords de libre-échange conclus avec les Etats-Unis et l'Union européenne. Il est ainsi difficile de prédire la portée et la forme des mesures de démocratisation économique qui seront adoptées par le législateur.

La nécessité d'encadrer par le biais d'une réglementation plus contraignante l'abus de position dominante des CHAEBOLs et les pratiques anticoncurrentielles en Corée est cependant, en principe, acceptée par tous. De plus, si de telles réglementations sont suffisamment bien conçues, cela apporterait sans conteste plus de transparence et de concurrence sur le marché coréen, permettant de renforcer de manière significative la confiance des investisseurs nationaux et étrangers.

DÉVELOPPEMENT DES CHAEBOLs EN CORÉE ET CARACTÉRISTIQUES DE LA RÉGLEMENTATION EN MATIÈRE DE DROIT DE LA CONCURRENCE

Développement des CHAEBOLs en Corée

Même si le terme CHAEBOL peut être aisément trouvé dans de nombreux journaux, il demeure un terme vernaculaire et non juridique. Il est ainsi difficile de trouver sa définition dans la loi actuelle. Théoriquement, les CHAEBOLs sont définis comme des conglomerats détenus, dominés et exploités de manière uniforme par les propriétaires et leurs familles. La propriété et la gestion ne sont pas complètement séparées de sorte que les propriétaires et leurs familles dominent tous les aspects de l'activité et disposent d'un pouvoir économique cohérent à raison de l'exploitation d'une variété d'industries qui ne sont pas en corrélation les unes avec les autres.

Les CHAEBOLs ont été initialement créés dans les années 1950 grâce aux aides étrangères soutenant le démarrage des activités de négociation et les industries de substitution aux importations. Leur position a été renforcée par des politiques gouvernementales de croissance économique encourageant l'industrie d'exportation dans les années 1960. Plus précisément, après avoir instauré certains objectifs politiques, le gouvernement a fourni les ressources et la technologie nécessaires aux entreprises concernées afin d'atteindre les objectifs fixés. Les entreprises ont par conséquent pu atteindre des positions dominantes dans certains secteurs, et devenir des CHAEBOLs en élargissant leur pouvoir de marché à d'autres secteurs.

Lors du développement industriel en Corée, le gouvernement a mis l'accent sur une utilisation efficace des ressources rares et concentré leur utilisation en faveur des CHAEBOLs. Les CHAEBOLs ont en contrepartie largement contribué à l'accélération de la croissance économique de la

Corée. En outre, la stabilité des CHAEBOLs et leur système de prise de décisions efficace ont permis d'accélérer le développement industriel de la Corée à court terme. Ce développement a permis de rattraper des décennies de retard sur les pays développés. Cependant, dès lors que les avantages de ce développement se sont concentrés sur les CHAEBOLs, l'inégalité de revenus est devenue un sujet de préoccupation majeur. Le marché ne garantit pas une gestion transparente des CHAEBOLs car les décisions prises relèvent uniquement de la compétence des propriétaires et de leurs familles. Parmi les autres effets négatifs du système CHAEBOL figurent le développement des monopoles et oligopoles dans certains secteurs industriels, le développement excessif des entreprises et l'augmentation de la proportion de transactions internes pouvant compromettre les principes de l'économie de marché et la croissance des PME. De plus, certains déboires très sérieux de CHAEBOLs pendant la crise financière de 1997, notamment du Groupe Hanbo et du Groupe Daewoo, ont rendu nécessaire une réforme structurelle de l'économie. En parallèle, le FMI et les autres investisseurs internationaux ont milité en faveur d'une telle réforme à mesure qu'ils devenaient plus impliqués dans l'économie coréenne.

Caractéristiques de la réglementation en matière de droit de la concurrence en Corée

Il est évident que compte tenu de ce contexte historique, la réglementation en matière de droit de la concurrence en Corée a mis l'accent sur la réforme des CHAEBOLs. Ainsi, des mesures visant à contrôler la concentration excessive de la puissance économique dans les CHAEBOLs ont été prises, la plus caractéristique étant la réglementation relative aux « aides déloyales » (*unfair support*).

Les aides déloyales se définissent comme :

« les pratiques d'entreprises tendant à soutenir injustement les personnes qui leur sont liées ou toute autre société par voie d'avances, de prêts, de ressources humaines, d'immobilier, de titres, de biens, de services, de biens immatériels, etc, ou en effectuant des opérations gratuites à des conditions très favorables » (art.23-(1)-7 du Fair Trade Act).

La réglementation en matière d'aides déloyales a été introduite le 30 décembre 1996 dans le Fair Trade Act et est entrée en vigueur le 1er avril 1997. Toutefois, une telle réglementation est rare aux Etats-Unis et en Europe.

Avant l'introduction de cette réglementation, les participations croisées et les fusions étaient réglementées. Les pratiques économiquement désavantageuses telles que l'interférence avec les activités commerciales de sociétés non affiliées des CHAEBOLs ou le refus arbitraire d'entrer en relation contractuelle étaient interdits par le Fair Trade Act. Néanmoins, ces mesures faisaient l'objet de critiques parce qu'elles ne permettaient pas de supprimer la concentration de la puissance économique des CHAEBOLs. Il était également exigé que les pratiques de soutien mutuel entre filiales de CHAEBOLs, utilisées pour accumuler et transférer la

addition, the CHAEBOLs' consistency and their rapid decision-making systems were useful in speeding up Korea's industrial development in the short term. This development had lagged decades behind developed countries. However, as the benefits of development become more concentrated in the CHAEBOLs, income inequality has become a major point of economic concern. As the dominance of business decisions is attributed solely to the owners and their families, the market does not guarantee the transparency of the management of the CHEABOLs. Other side effects of the CHEABOL system include monopolies and oligopolies in some industries, excessive business expansion and the increase in the proportion of internal transactions, which can undermine the market economy principles and the growth of SMEs. In addition, some serious cases of CHAEBOL failures during the financial crisis in 1997, including the Hanbo Group and the Daewoo Group, made it necessary to reform the structure of the economy, while the IMF and other international investors' demands for reform increased as they became more involved in the Korean economy.

The characteristics of the competition regulations in Korea

It is natural that with this historical background, the competition regulations in Korea have put the focus on the reform of the CHAEBOLs. Thus, measures for controlling the excessive concentration of economic power in the CHAEBOLs have been taken, of which the most characteristic is the regulation of “Unfair Supports”.

Unfair Supports are defined as:

“the practices of companies to unfairly support their related individuals or any other companies by providing advanced payment, loans, human resources, real estate, securities, goods, services, intangible properties, etc. or by conducting transactions free of charge or under clearly favorable terms and conditions therewith” (the Fair Trade Act, art.23-(1)-7).

The Unfair Supports Regulations in Korea were introduced on December 30, 1996 in the Fair Trade Act and entered into force on April 1, 1997. However, these are uncommon in both the United States and Europe.

Before this introduction of the regulations regarding unfair supports, cross-shareholdings and mergers were regulated and economically disadvantageous practices such as interfering with the business activities of the non-affiliated companies of the CHAEBOLs or refusing transactions unfairly were prohibited by the Fair Trade Act. However, there were critics of those measures because they were insufficient in suppressing the concentration of economic power in the CHAEBOLs. There were also demands that the practices of mutual supports among the subsidiaries of the CHAEBOLs,

which were used to accumulate and transfer wealth, should be regulated. Therefore, starting in May 1998, large-scale investigations by the KFTC in regard to large internal transactions among the CHAEBOLs and their subsidiaries were begun. A total of 13 investigations were done by the end of 2003.

To establish the existence of Unfair Supports, there needed to be “supporting acts”, which were actually “unfair”. Simply put, “unfair” means “uncompetitive”. One of the most controversial things was whether, in fact, the supporting acts existed or not, in particular whether the clearly favourable terms and conditions existed or not. The KFTC sometimes failed to demonstrate the existence of supporting acts of some subsidiaries of the CHAEBOLs, resulting in losing several cases against the CHAEBOLs (Korean Supreme Court, December 22, 2006, 2004 du 1483; October 26, 2007, 2005 du 3172, etc.). However, once the supporting acts were established, both the courts and the KFTC began to recognise uncompetitive effects almost as if they were per se illegal. This has been criticised on the ground that the supporting acts don’t always result in non-competitive effects and can even promote competition in some cases.⁴

Once the unfair supports are established, a corrective order and civil penalty (up to 80 per cent of the amount of support within 5 per cent of the previous three fiscal years’ average sales) can be imposed by the KFTC and criminal penalties of up to two years’ imprisonment or a ₩150 million (\$137,000) fine can be imposed by the courts on the supporting companies (Fair Trade Act, arts 24, 24-2, 67-(2)). This harsh punishment of imposing criminal penalties in addition to civil penalties was appealed in the respect of ne bis in idem, due process of law and the principle of proportionality in the Constitutional Court. The Court returned a five to four judgment ruling that the Act was constitutional (Korean Constitutional Court, July 24, 2003, 2001 heonga 25).⁵

In spite of these criticisms and controversies, the regulations regarding the concentration of economic power in the CHAEBOLs have been reinforced. This is because despite the Unfair Supports Regulations, the market dominance of the CHAEBOLs continues to increase, and moreover in recent years, assumed non-competitive practices such as MRO (Maintenance, Repair, and Operation) contracts⁶ and so-called “tollage” practices⁷ have been raised as issues that need addressing.

THE CONCEPT AND THE MEASURES OF ECONOMIC DEMOCRATISATION

The concept of economic democratisation

The above-mentioned special circumstances in Korea created a kind of paradigm about economic democratisation.

richesse, soient réglementées. Par conséquent, dès le mois de mai 1998, la KFTC a ouvert plusieurs enquêtes à grande échelle sur les transactions internes entre les CHAEBOLs et leurs filiales. Un total de 13 enquêtes a été réalisé à la fin de l’année 2003.

Pour établir l’existence d’aides déloyales, des « actes » de soutien « injustifiés » devaient être constatés. Autrement dit, « injustifié » signifie « anticoncurrentielle ». Une des choses les plus controversées était de savoir si, dans les faits, les actes de soutien existaient ou non, plus particulièrement si les conditions clairement favorables existaient ou non. La KFTC n’est parfois pas parvenue à démontrer l’existence d’actes de soutien de certaines filiales des CHAEBOLs, et a ainsi subi certains revers judiciaires (Cour suprême de Corée, 22 décembre 2006, 2004 du 1483 ; 26 octobre 2007, 2005 du 3172, etc.) Cependant, une fois les actes de soutien établis, les tribunaux et la KFTC ont commencé à considérer que les effets anticoncurrentiels étaient presque illégaux en soi. Ceci a fait l’objet de critiques car les actes de soutien n’engendrent pas toujours des effets néfastes sur la concurrence et peuvent même parfois la favoriser.

Une fois les aides déloyales établies, une ordonnance rectificative et des sanctions civiles (jusqu’à 80 pour cent du montant de l’aide et ce à hauteur de 5 pour cent de la moyenne des ventes des trois précédents exercices) peuvent être prononcées par la KFTC et des sanctions pénales allant jusqu’à deux ans d’emprisonnement ou 150 millions de won (137.000 de dollars) d’amende peuvent être prononcées par les tribunaux à l’encontre des entreprises concernées (arts 24, 24-2, 67-(2) du Fair Trade Act). Le cumul sévère de sanctions pénales et de sanctions civiles a fait l’objet d’un appel devant la Cour constitutionnelle fondé sur le respect du principe non bis in idem, du principe de l’application régulière de la loi et du principe de proportionnalité. A cinq voix contre quatre, la Cour a jugé que la loi était constitutionnelle (Cour constitutionnelle de Corée, 24 juillet 2003, 2001 heonga 25).

En dépit de ces critiques et controverses, la réglementation relative à la concentration de la puissance économique des CHAEBOLs a été renforcée. Cela est dû au fait que malgré la réglementation sur les aides déloyales la domination du marché par les CHAEBOLs ne cesse d’augmenter. Il ressort d’ailleurs qu’au cours de ces dernières années, des pratiques anticoncurrentielles telles que la conclusion de contrats MRO (entretien, réparation et exploitation) et des pratiques dites de péages (« tollage ») ont été décrites comme des problèmes auxquels il fallait remédier.

CONCEPT ET MESURES DE DÉMOCRATISATION ÉCONOMIQUE

Le concept de démocratisation économique

Les circonstances particulières mentionnées ci-dessus en Corée ont créé une sorte de paradigme au sujet de

la démocratisation économique. Bien que le sens de la démocratisation économique ne soit pas encore clair, son concept semble se déduire de l’art.119-(2) de la Constitution qui stipule que :

« L’Etat peut réguler et coordonner l’économie afin de maintenir une croissance équilibrée et la stabilité de l’économie nationale, assurant ainsi une bonne répartition des revenus et prévenir les abus de position dominante et de puissance économique sur le marché et de démocratiser l’économie par une harmonisation des situations des sujets économiques ».

A cet égard, le concept de démocratisation économique peut être interprété comme étant la « recherche de l’harmonie entre les situations des sujets économiques par la prévention des abus de position dominante sur le marché ».

Les mesures de démocratisation économique

Les mesures de démocratisation économique sont principalement suggérées par la révision des lois et règlements relatifs au droit de la concurrence. Sont actuellement en cours de discussion :

- la réforme de la gouvernance d’entreprise des CHAEBOLS ;
- le renforcement de la réglementation en matière d’aides déloyales entre CHAEBOLS et filiales ;
- l’abolition du droit exclusif de la KFTC de saisir le bureau du procureur en matière de pratiques anti-concurrentielles ;
- l’introduction d’actions de groupe englobant plusieurs pratiques anticoncurrentielles ; et
- le développement des dommages-intérêts punitifs pour certaines pratiques anticoncurrentielles.

A cela s’ajoute une mesure pertinente déjà introduite, la promotion de la croissance mutuelle entre grandes entreprises et PME. Au vu de ces éléments, la démocratisation économique actuellement en discussion vise principalement à renforcer la réglementation afin de remédier aux effets négatifs néfastes causés par une concentration excessive de la puissance économique dans les CHAEBOLS et à instituer un moyen de la contrôler.

L’introduction d’une législation interdisant de nouvelles participations croisées entre les CHAEBOLS et leurs filiales et encourageant les CHAEBOLS à créer des holdings est en cours de discussion. L’objectif de ces mesures est de rendre la structure de gouvernance des CHAEBOLS plus simple et plus transparente.

Le renforcement de la réglementation sur les aides déloyales comme la réglementation des grandes transactions conclues au sein des CHAEBOLS a été envisagé, notamment en termes de limitation des contrats MRO mentionnés ci-dessus et des pratiques

While the meaning of democratising the economy is still unclear, its concept seems to be derived from art.119-(2) of the Constitution, which declares:

“The State may regulate and coordinate the economy in order to maintain the balanced growth and stability of the national economy, to ensure proper distribution of income, to prevent the abuse of market dominance and economic powers and to democratize the economy through harmony among the economic subjects”.

Taking this into consideration, the concept of economic democratisation can be interpreted as “seeking harmony among the economic subjects by preventing abuse of the dominant position in the market”.

The measures of economic democratisation

The measures of economic democratisation are being suggested mainly through the revision of laws and regulations related to competition law. Those currently being discussed are:

- the reform of the CHAEBOLS’ corporate governances;
- the strengthened regulations regarding the Unfair Supports among the CHAEBOLS and their subsidiaries;
- the abolition of the KFTC’s exclusive right to decide whether to make accusations of anti-competitive practices to the prosecutor’s office;
- the introduction of class actions for several antitrust practices; and
- the expansion of punitive damages for some antitrust practices.

In addition to these, one measure that has already been introduced, the promotion of mutual growth between large companies and SMEs, is also relevant. In light of these points, the economic democratisation currently being discussed is mainly to strengthen regulations in order to remedy the detrimental side effects caused by an excessive concentration of economic power in the CHAEBOLS and to establish a means of having a check on that power.

The introduction of legislation prohibiting new cross-shareholdings among the CHAEBOLS and their subsidiaries and encouraging the CHAEBOLS to establish holding companies is being discussed. The purpose of these measures is to make the governance structure of the CHAEBOLS simpler and more transparent.

To strengthen the Unfair Supports Regulations such as the large internal transactions regulation has been suggested, especially in terms of restricting the above-mentioned MRO contracts and “tollage” practices. To this end, alleviating the

current requirements for the unfair supports is being actively discussed, in particular the need to revise “under clearly favourable terms and conditions” into “under favourable terms and conditions” or “under substantially favourable terms and conditions”. In addition, whether to impose fines not only on the supporting companies but also on the owners and their families is in dispute.

The abolition of the KFTC’s exclusive right to decide whether to make accusations is related to criminal penalties for anti-competitive practices. Under the current art.71 of the Fair Trade Act, there must be an accusation by the KFTC in order for the prosecutor’s office to investigate the anti-competitive practices enumerated in the Fair Trade Act and for the courts to impose criminal penalties for these practices. However, the fact that cases in which the KFTC decides to make accusations are so rare, it has been suggested that the Small and Medium Business Administration (“SMBA”), the Board of Audit and Inspection of Korea and the Public Procurement Service be given the right to make accusations as well as the KFTC.

The introduction of class actions and punitive damages for some anti-competitive practices is also controversial. While class actions regarding collusion and resale price maintenance practices are still being debated, the national assembly passed a bill on April 30, 2013, to expand the number of offences subject to punitive damages. Prior to this, punitive damages were available only if companies commit technology piracy against their sub-contractors. Under the new law, punitive damages may be awarded in cases of unfair price cuts, unfair order cancellations and unjust returns of products. In these cases, the sub-contractors can claim damages up to three times the amount of actual damages.

Finally, the mutual growth policy has its legal base in the Act for the promotion of mutual growth between large companies and SMEs (the “Act”), enacted in 2006, and the current system was formed through the two revisions of December 7, 2010 and January 17, 2012. Pursuant to arts 32 and 33 of the Act, an organisation of SMEs may file an application for business coordination with the SMBA;

- if a large company takes over, begins or expands any business, the result of which is a reduction in the demand for goods and services supplied by a number of SMEs engaged in the relevant type of business; and
- such outcome is recognised as potentially destabilising the management of SMEs.

In this case, after discussions between the large company and the organisation of SMEs, the SMBA may recommend that the large company postpone the business commencement date by no more than three years (which may be

de « tollage ». A cet effet, il est actuellement envisagé de réviser la définition des aides déloyales, en substituant notamment la notion de « conditions clairement favorables » par celle de « conditions favorables » ou de « conditions substantiellement favorables ». Il est également envisagé d’infliger des amendes aux propriétaires et leurs familles et non seulement aux entreprises accusées de soutien.

L’abolition du droit discrétionnaire et exclusif de la KFTC de saisir le bureau du procureur est liée aux sanctions pénales qui peuvent être prononcées en cas de pratiques anticoncurrentielles. Conformément à l’actuel art.71 du Fair Trade Act, le bureau du procureur ne peut enquêter sur les pratiques anticoncurrentielles énumérées dans le Fair Trade Act et les tribunaux prononcer des éventuelles sanctions pénales que sur saisine de la KFTC. Cependant, les cas dans lesquels la KFTC décide de saisir le bureau du procureur sont si rares qu’il a été suggéré que cette compétence soit également transférée à l’Administration des petites et moyennes entreprises (the « Small and Medium Business Administration » – (« SMBA »)), au Conseil d’Audit et d’Inspection de Corée (the « Board of Audit and Inspection of Korea ») et au Service des Marchés Publics (the « Public Procurement Service »).

L’introduction d’actions de groupe et de dommages-intérêts punitifs pour sanctionner certaines pratiques anticoncurrentielles est également controversée. Alors que les actions de groupe en matière d’entente et de maintien des prix de revente font encore l’objet de discussions, l’Assemblée nationale a adopté une loi le 30 avril 2013 afin d’accroître le nombre de délits passibles de dommages-intérêts punitifs. Par le passé, les dommages-intérêts punitifs n’étaient envisageables qu’en cas d’activités de piratage technologique commises par une entreprise à l’encontre de son sous-contractant. En vertu de la nouvelle loi, les dommages-intérêts punitifs peuvent être octroyés en cas de baisse de prix inéquitables, d’annulations de commandes injustifiées et de retours de produits injustifiés. Dans de telles hypothèses, les sous-contractants peuvent réclamer des dommages-intérêts allant jusqu’à trois fois le montant des dommages réellement subis.

Enfin, la base légale de la politique de croissance mutuelle se retrouve dans la loi pour la promotion de la croissance mutuelle entre grandes entreprises et PME (la « Loi »), promulguée en 2006. Le système actuel trouve sa source dans deux révisions en date des 7 décembre 2010 et 17 janvier 2012. Conformément aux arts 32 et 33 de la loi, une organisation de PME peut déposer une demande de coordination d’activités auprès de la SMBA :

- si une grande entreprise rachète, débute ou développe toute activité dont le résultat engendre une réduction de la demande de biens et de services fournis par un certain nombre de PME engagées dans le même type d’activités ; et
- qu’un tel résultat est considéré comme pouvant potentiellement déstabiliser la gestion des PME.

ni> Dans une telle hypothèse, suite à des discussions entre l’entreprise concernée et l’organisation des PME, la SMBA peut recommander que ladite entreprise reporte le début de son activité pour une durée ne pouvant pas dépasser trois ans (période pouvant être

suivie d'une période additionnelle maximale de trois ans) ou qu'elle réduise (a) le nombre de variétés de produits, (b) la quantité ; ou (c) ses installations. Si l'entreprise ne se conforme pas aux recommandations de la SMBA, celle-ci peut l'y enjoindre. Si l'entreprise persiste à refuser de se conformer aux recommandations de la SMBA, des peines d'emprisonnement ou des amendes peuvent être prononcées. D'un autre côté, lorsque les grandes entreprises transfèrent une activité à une PME, le gouvernement peut décider de leur apporter un soutien financier et de réduire leurs impôts.

Critique des concepts et mesures de démocratisation économique

Plusieurs controverses ont été soulevées en matière de démocratisation économique. Le premier problème est que le concept de démocratisation économique peut être contraire aux dispositions constitutionnelles relatives à l'économie de marché. En outre, l'art.119-(1) de la Constitution évoque le principe selon lequel « l'ordre économique de la République de Corée est fondé sur le respect de la liberté économique et la créativité des entreprises et des particuliers », et l'art.119-(2) de la Constitution, qui semble constituer la base de l'engouement actuel pour la démocratisation économique, ne fait figure que de complément à l'art.119-(1).

La Constitution stipule que l'économie de marché capitaliste est fondée sur le principe d'autonomie privée, de garantie de la propriété privée et de liberté économique. Cela signifie que la libre disposition de la propriété privée et son héritage est le meilleur moyen d'augmenter la valeur de la dignité humaine et d'assurer la liberté et la créativité de la volonté humaine (Cour constitutionnelle de Corée, 22 décembre 1989, 88 heonga 13). En la matière, l'intervention du gouvernement dans l'économie et le marché ont sûrement ses limites et les mesures de démocratisation économique actuellement en cours de discussion peuvent éventuellement être considérées comme opposées à l'esprit de la Constitution.

Les mesures de démocratisation économique actuellement proposées pourraient avoir des effets négatifs significatifs. La concurrence, processus par lequel les entreprises sont choisies par la plupart des consommateurs, pourrait être faussée par l'intervention active du gouvernement. A cet égard, le rôle du gouvernement est d'agir passivement afin d'éliminer les structures non concurrentielles qui empêchent ou limitent le libre jeu de la concurrence et non pas de choisir qui gagne et qui perd. Le gouvernement doit favoriser la concurrence et non la freiner.

Néanmoins, les mesures de démocratisation économique actuellement en discussion semblent être proposées sans véritable considération pour les effets pro-concurrentiels de la situation actuelle. Par exemple, l'interdiction des participations croisées ne correspond pas à la norme mondiale et peut limiter la capacité d'une entreprise à investir. En termes d'aides

followed by one additional maximum three-year postponement) or reduce (a) the number of different types of products, (b) the quantity, or (c) facilities. If the large company fails to comply with the recommendations, the SMBA may impose an injunctive order; the subsequent failure of the large company to comply may result in imprisonment or fine. On the other hand, when large companies transfer business to any SME, the Government may provide the companies with financial support and tax reductions.

Criticism of the concepts and the measures of economic democratisation

There are several controversies that have been raised in regard to economic democratisation. The first problem noted is that the concept of economic democratisation may be contrary to the constitutional provisions relating to the market economy. Moreover, art.119-(1) of the Constitution declares the principle that "The economic order of the Republic of Korea shall be based on a respect for the economic freedom and creativity of enterprises and individuals", and art.119-(2) of the Constitution, which seems to be the basis of the current push for economic democratisation, is only a supplement of art.119-(1).

The Constitution declares that a capitalist market economy is based on the principle of private autonomy and the guarantee of private property and economic freedom. This means that the free disposal of private property and its inheritance is the best way to increase the value of human dignity and to ensure the freedom and creativity of the human will (Korean Constitutional Court, 22, December, 1989, 88 heonga 13). In regard to this point of view, the Government's intervention into the market and economy surely has its limits and the economic democratisation measures currently being discussed can possibly be thought to impede the spirit of the Constitution.

The economic democratisation measures now being suggested would have significant side effects. Since competition is the process in which companies vie to be chosen by most customers, the government's active intervention may distort competition by injecting itself in the market place. In this respect, the government's role has to be in the passive form of eliminating non-competitive structures that inhibit or restrict competition and not be in the business of picking winners and losers. That is, what the country needs to do is promote competition, not diminish it.

Nevertheless, the economic democratisation measures currently being discussed seem to be being suggested without serious consideration of the pro-competitive effects of the status quo. For example, it should be considered that the prohibition of cross-shareholdings does not fit with the global norm and can limit a company's capacity to invest.⁸ In

respect to unfair supports, it is very difficult to determine the appropriate level of internal transactions, and excessive regulation can result in a huge decline in activities and trade between CHAEBOLs and their subsidiaries, an arrangement that is efficient more often than not.

The abolition of the KFTC's exclusive right to decide whether to make accusations can lead to disagreements between government agencies. Furthermore, there is no need to expand the possibility of criminal penalties in situations where it is feasible to impose corrective orders and civil penalties for anti-competitive practices. In comparison with the United States, where criminal penalties can be imposed only for collusion, and Europe, where there are no criminal penalties, there is already a strong regulatory regime in Korea. Considering the current situation, to expand the possibility of criminal penalties could be considered to be excessive. If the use of class actions or punitive damages litigation is abused, it can paralyse sound corporate activities.⁹ For the mutual growth system between large companies and SMEs, the side effects, including the reverse discrimination against large companies and the loss of competitiveness due to the restriction of competition in the business sectors assigned to SMEs should be considered.¹⁰ These kinds of side effects can undermine competition.

CONCLUSION—THE PREFERRED FORMULATION OF THE CONCEPT AND MEASURES OF ECONOMIC DEMOCRATISATION AND SOUTH KOREA'S MARKET OUTLOOK

To achieve the ultimate goal of economic democratisation, regulations targeted only to CHAEBOLs should not be pursued. While seeking harmony between economic subjects through financial support and tax cuts for SMEs, it is necessary to alleviate unnecessary regulations that unduly restrict business activities. The economic democratisation solutions being currently discussed seem to go too far.

However, there is no expectation that the Korean market would rapidly shrink due to increased regulation. Since Korea is one of the most export-dependent countries of the OECD, the population at large, as well as companies in Korea, is fully aware of the importance of a dynamic business environment. Furthermore, if the measures of economic democratisation are introduced in an appropriate manner, there may be an opportunity to promote market transparency and efficiency and to lessen the excessive concentration of economic power in the CHAEBOLs.

Korea's social structure changes rapidly, much like its history of rapid economic growth; excessive regulations are introduced without careful consideration more often than not. What is more important is that the CHAEBOLs are willing

déloyales, il est très difficile de déterminer le niveau approprié des transactions internes et une réglementation trop stricte peut entraîner une baisse considérable des activités et des échanges entre les CHAEBOLs et leurs filiales, un arrangement intra groupe qui s'est avéré le plus souvent efficace.

L'abolition du droit exclusif de la KFTC de saisir le bureau du procureur peut conduire à des désaccords entre agences gouvernementales. De plus, il n'est pas nécessaire d'élargir l'éventail de sanctions pénales lorsqu'il est possible d'ordonner des mesures correctives et de prononcer des sanctions civiles. A la différence des Etats-Unis, où les sanctions pénales ne peuvent être prononcées que pour collusion, et de l'Europe, où de tels agissements ne donnent pas lieu au prononcé de sanctions pénales, il existe déjà en Corée un corpus législatif conséquent. Compte tenu de la situation actuelle, l'élargissement de l'éventail des sanctions pénales pourrait paraître excessif. Une utilisation excessive des actions de groupe ou des dommages-intérêts punitifs peut paralyser l'activité des entreprises. En ce qui concerne le système de croissance mutuelle entre les grandes entreprises et les PME, les effets négatifs devraient être envisagés, tels que la discrimination inversée à l'encontre des grandes entreprises et la perte de compétitivité due à une limitation de la concurrence dans les secteurs d'activité affectés aux PME. Ces types d'effets néfastes peuvent nuire à la concurrence.

CONCLUSION — LA FORMULATION DU CONCEPT, LES MESURES DE DEMOCRATISATION ECONOMIQUE ET L'AVENIR DU MARCHÉ SUD-COREEN

Pour atteindre l'objectif ultime de démocratisation économique, une réglementation uniquement ciblée sur les CHAEBOLs ne devrait pas être poursuivie. Il est nécessaire de supprimer toute la réglementation inutile qui limite indûment les activités commerciales tout en cherchant une harmonie entre les sujets économiques par le biais d'un soutien financier et de réductions fiscales en faveur des PME. Les solutions en matière de démocratisation économique actuellement examinées semblent aller trop loin.

Il n'est cependant pas envisagé que le marché coréen se contracte rapidement en raison d'une réglementation accrue. Etant donné que la Corée est l'un des pays de l'OCDE les plus dépendants en matière d'exportations, la population en général, ainsi que les sociétés en Corée, sont pleinement conscientes de l'importance d'un environnement d'affaires dynamique. En outre, si les mesures de démocratisation économique sont introduites de manière appropriée, cela pourrait créer une opportunité à l'effet de promouvoir la transparence et l'efficacité du marché et de réduire la concentration excessive de la puissance économique entre CHAEBOLs.

La structure sociale de la Corée change rapidement, tout comme son histoire de croissance économique rapide ; les réglementations trop sévères sont trop souvent introduites sans un examen préalable attentif. Le plus important est que les CHAEBOLs sont prêts à

s'adapter à l'environnement changeant et à proposer des compromis appropriés. La preuve en est que les CHAEBOLS ont commencé à réduire le volume de transactions internes et se séparent de filiales inutiles, alors que les grandes organisations économiques liées aux CHAEBOLS, telles que la Fédération des industries coréennes (« the Federation of Korean Industries ») et la Chambre de commerce et d'industrie de Corée (« the Korean Chamber of Commerce & Industry »), ont récemment publié une déclaration demandant au législateur de diminuer l'adoption de lois relatives à la démocratisation économique et ont soumis leurs propositions à l'Assemblée nationale. Grâce à la prise de conscience des CHAEBOLS de cette nécessité de changement et de leurs efforts en faveur d'un consensus social, il est probable que les mesures liées à la démocratisation économique évolueront de façon appropriée.

to adapt themselves to the changing environment and are willing to suggest appropriate compromises. The evidence of this is that the CHAEBOLS have begun to reduce the volume of internal transactions and are ridding themselves of excess subsidiaries,¹¹ while major economic organisations related to the CHAEBOLS, such as the Federation of Korean Industries and the Korea Chamber of Commerce & Industry, have recently released a statement asking for restraint in passing legislation related to economic democratisation and have submitted their proposals to the National Assembly.¹² Through the realisation of the CHAEBOLS of the need for change and their efforts to build social consensus, it is likely that the measures related to economic democratisation will be developed in an appropriate manner.

Notes

1. Yonhap News, 'Park concerned over parliamentary debate on economic democratization', April 15, 2013.
2. Myungsu Hong, 'The notion of CHAEBOLS and their characteristics', *Competition Law Journal*, 2002, p.194.
3. Hong, 'The notion of CHAEBOLS and their characteristics', p.152.
4. Jeong Seo, 'The objective of restriction of unfair support practices and its chosen method : Are they consistent?', *Yonsei Global Business and Law*, 2011, p.44; Jin-Yul Ju, 'A Critical Review on the Regulation of Supporting Behaviour Firms Under Korean Competition Law', *Seoul Law Journal*, vol. 53, 2012, pp. 662-663.
5. Five of the nine Justices ruled it was constitutional.
6. These contracts are concluded between the subsidiaries owned by the CHAEBOLS' owners and their families and the CHAEBOLS' other affiliates in order to support the former and transfer wealth to the owners and their families. In 2011, the whole MRO market in Korea was worth about ₩21 trillion (\$19.3 billion).
7. These practices refer to the situation in which the CHAEBOLS' establish subsidiaries which are not necessary and make their sub-contractors contract with these subsidiaries in order to gain extra profits from the sub-contractors. In this case, the sub-contractors have to pay unnecessary costs to the newly established subsidiaries and through this; these subsidiaries can accumulate their wealth. Since the unnecessary and extra costs appear to be a toll, this situation is named as "tollage".
8. Dongwon Lee, 'The new approaches of the economic democratization policy', *Korean Competition Law Association's winter conference*, February 22, 2013, p.39.
9. Chosun Biz, 'Class actions give relief to victims who are not plaintiffs... a skepticism in U.S.', April 14, 2013.
10. Dongwon Lee, 'The new approaches of the economic democratization policy', pp 27-28.
11. The Korea Economic Daily, 'Subsidiaries of SK Group were successively merged while the 3rd generation of Hyosung Group handed off the management of their subsidiaries', April 17, 2013.
12. Yonhap News, 'Five major economic organizations visited the National Assembly to submit their proposals regarding the legislation under debate', April 29, 2013.