

# Gazette du Palais

NO~ 348 à 350

TRI-HEBDOMADAIRE

DIMANCHE 14 AU MARDI 16 DECEMBRE 1997

**NUMÉRO spécial**

sous l'égide de l'Association Franco-Chinoise pour le Droit Econornique (AFCDE)

## **LA CHINE ET LE DROIT** **LES ÉVOLUTIONS RECENTES**



Centre ville de Shanghai

LAURIF/Etteinger

**Sous la direction de Jacques SAGOT**

**Comité de rédaction: Hubert BAZIN, Robert BIJLOOS, Pierre BORRA,  
Dominique JALENQUES, Chérifa SARI, Hanqi XIE**

**JOURNAL SPECIAL DES SOCIÉTÉS**  
**FRANÇAISES PAR ACTIONS**

Cette publication comporte 3 cahiers:

- cahier n° 1 Rédactionnel p. 1 à 64- DIRECTION et RÉDACTION 12, place Dauphine, 75001 Paris Tél, 01.42.34.57.27-Fax: 01.46.33.21.17
- cahier n-2 Annonces légales de la Gazette du Palais'- ADMINISTRATION et ANNONCES LÉGALES -ABONNEMENTS: 3,bd du Palais - 75180 Paris Cedex 04- **01.44.32.01.50**  
**Tél, abonnements:** 01.44,32,01.57 ou 58 - Tél. **insertions:** 01.44,32.01.52 -Fax insert, et abbon.: 01,40.46,03,47 - Tél. **formalités:** 01,44 32.01.70  
Fax formalités: 01.43.54.79 17
- cahier n° 3 Annonces légales du Journal Spécial des Sociétés\* 8, rue Saint-Augustin, 75080 Paris Cedex 02  
Tél. 01 47.03.10.10 - Fax formalités: 01.47.03.99.55 - Fax insertions: 01,47,03.99.00. et 01.47.03.99.11

# Sommaire

## "LA CHINE ET LE DROIT - LES ÉVOLUTIONS RÉCENTES"

### Numéro Spécial - Gazette du Palais

#### PRÉSENTATION

par Bernard VATIER, Bâtonnier de Paris

#### PRÉFACES

par Jean MATTÉOLI, ancien Ministre, Président  
du Conseil Economique et Social  
par Hubert FLAHAULT, Président de la Chambre  
de Commerce et d'Industrie de Paris

#### INTRODUCTION

par Jacques SAGOT, Président de l'Association  
Franco-Chinoise pour le Droit Economique

#### COOPÉRATION JURIDIQUE FRANCO-CHINOISE

La coopération juridique et judiciaire dans les  
relations franco-chinoises par François-Marcel  
PLAISANT

L'entraide judiciaire entre la France et la Chine  
par Olivier de BAYNAST

L'expérience du Tribunal de Commerce de Paris  
dans ses actions avec les magistrats chinois par  
Bernard PIOT

#### CONTEXTE ÉCONOMIQUE ET POLITIQUE DE LA CHINE EN 1997

L'année des trois sorcières en Chine  
par André CHIENG

Restructurations, dénationalisation ou privatisa-  
tion des entreprises d'état ? par Hubert BAZIN et  
Hans Günter HERRMANN

Le droit chinois est-il prévisible ?  
par Robert GUILLAUMOND

Une nouvelle donne : le rattachement de HONG  
KONG à la R.P.C. par Robert BIJLOOS

#### ORGANISATION JUDICIAIRE

4 La justice en Chine 23  
par Pierre BORRA

La nouvelle loi sur la profession d'avocat en  
CHINE par Chérifa SARI 24

5

6

#### DROIT PÉNAL

La réforme du droit pénal et de la procédure  
pénale par Mme Anne SEVERIN 26

#### DROIT CIVIL

Les principes généraux du droit civil chinois: les  
grandes lignes du droit des contrats par Jean-Luc  
MATHON et Yong Fan ZHANG 28

10

12

13

#### DROIT ÉCONOMIQUE AVEC L'ÉTRANGER

*Implantation des entreprises  
étrangères*

Le point de vue d'un investisseur français en  
Chine depuis dix ans par Francis TESTA 30

Formes d'implantation, secteurs d'activités et  
contrôle des investissements étrangers par Hubert  
BAZIN 31

14

16

18

20

Alternatives aux sociétés mixtes traditionnelles les  
entreprises mixtes contractuelles et les sociétés à  
capitaux 100 % étrangers par Jean THIEFFRY 34

#### *Financement*

La réforme bancaire et la réforme du contrôle des  
changes par Paul RANJARD 36

L'évolution du droit des garanties 38  
par LU Sbenghui

**Propriété intellectuelle**

**Le renforcement de la protection du droit des marques**

*par Yves DOLAIS*

40

**Droit du travail**

**Le nouveau Code du travail chinois**

*par Alexandre MORIN*

42

**La réforme en Chine du régime de Sécurité Sociale**

*par Hanqi XIE*

45

**Le régime social et fiscal du détachement ou de l'expatriation**

*par Albert TRÈVES*

47

**Immobilier**

**L'immobilier en CHINE: étude de cas concrets**

*par Gilles ANTIER*

49

**Fiscalité**

**La réforme de 1994 et les développements récents de la fiscalité en Chine**

*par Claude LE GAONACH-BRET*

50

**Distribution**

**Les actions du barreau de Paris avec le C.F.M.E.-ACTIM**

**L'exposition française à SHANGHAI (17-21 mai 1997)**

*par Jules-Marc BAUDEL*

52

**Le cadre réglementaire de la distribution des produits étrangers**

*par Jean-Marc DESCHANDOL*

53

**Quelques aspects pratiques de la distribution en CHINE**

*par Dominique JALENQUES*

55

**Règlement des différends**

**Les derniers développements de l'arbitrage chinois après la loi de 1994**

*par Jacques SAGOT*

57

**CONCLUSION**

**Comment les entreprises étrangères vont-elles profiter des réformes en cours ?**

*par Georges FLÉCHEUX*

60

# PRÉSENTATION

par Bernard VATIER

*Bâtonnier de l'Ordre des Avocats au Barreau de Paris*

*Le succès rencontré par le numéro spécial de la **Gazette du Palais** sur "La Chine et le Droit" au mois de **juillet** 1995 et l'intérêt suscité par le colloque organisé par l'**Association Franco-Chinoise pour le Droit Économique, l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris et la Chambre de Commerce et de l'Industrie de Paris le 2 avril 1997**, à la Chambre de Commerce et de l'industrie de Paris sur "Les derniers développements du droit des affaires en Chine" ont incité l'équipe de rédaction du premier numéro à réaliser le présent nouveau numéro spécial grâce au précieux concours de la **Gazette du Palais**.*

*Cette publication s'imposait d'autant plus qu'elle survient au moment où l'on assiste en **CHINE**, après la disparition du Président **DENG** Xiao Ping, après le retour de HONG-KONG dans la mère patrie et après les nouvelles orientations annoncées par le Président **JIANG** Zemin, lors du 15<sup>ème</sup> congrès du **Parti Communiste Chinois**. à une profonde évolution, notamment dans le secteur économique, dont il est encore difficile de saisir la portée.*

*La lecture du présent numéro permettra de constater combien, en à peine plus de deux ans, le droit a évolué en **CHINE**, annonçant, voire sous-tendant, l'évolution qui a amené les décisions du 15<sup>ème</sup> congrès et permettant peut-être ainsi de discerner les grandes tendances des réformes à venir.*

*Les relations commerciales franco-chinoises ont de vastes perspectives devant elles, à condition que chaque entreprise veille à entourer son projet au internerait de garanties et de sécurité juridique pour se prémunir contre toute désillusion ultérieure.*

*Car, les échanges ne peuvent se développer que sur la base de relations contractuelles claires et respectées de tous.*

*Si cette règle vaut entre pays appartenant à la même zone économique et culturelle, elle vaut plus encore avec un pays comme la **CHINE**, en pleine mutation, et avec des traditions et une culture radicalement différentes:*

- le droit comme instrument de régulation des échanges y est de création très récente,*
- les centres de décision géographiques et humains sont, en **CHINE**, variés et pas toujours aisés à cerner dans un état centralisé mais qui se distingue par de forts pouvoirs locaux et de nombreuses zones bénéficiant de réglementations particulières.*

*Le Barreau de **PARIS** entretient depuis plus de 10 ans des relations suivies avec les plus hautes autorités judiciaires chinoises, ainsi qu'avec le **C.C.P.I.T.-C.C.O.I.C**, et de nombreux avocats français conseillent les entreprises dans leurs échanges avec la **CHINE**.*

*A leur initiative, l'**Association Franco-Chinoise pour le Droit Économique** a été créée en **1986**. Elle est un lieu privilégié d'échanges et d'information entre les représentants chinois et français du monde judiciaire, de l'administration et des affaires. Promouvoir le droit français et apporter aux entreprises une meilleure connaissance réciproque du droit français et du droit chinois est un objectif ambitieux qui mérite d'être soutenu et encouragé.*

*Mais, le droit forme un tout indissociable et n'est pas seulement un cadre pour des relations commerciales, il est plus encore le fondement de toute société de liberté.*

*Cette dimension essentielle ne doit jamais être oubliée afin que soient reconnus et respectés dans la pratique quotidienne les droits fondamentaux dans quelque partie du monde que ce soit.*

# PRÉFACE

par Jean **MATTÉOLI**

*Président du Conseil Économique et Social  
Ancien Ministre*

*Voilà plusieurs années que je suis avec intérêt les efforts de l'Association Franco Chinoise pour le Droit Économique et je suis heureux aujourd'hui de pouvoir témoigner de l'importance que les autorités chinoises accordent aux travaux en cours. Pendant une semaine, du 13 au 20 septembre 1997, j'ai co-présidé avec Monsieur LI Hao, Président de la Commission des Affaires Financières et Économiques de l'Assemblée Populaire Nationale, un séminaire franco-chinois sur la gestion des biens d'État. J'avais avec moi, du côté français, quelques grands patrons d'entreprises publiques membres du Conseil Économique et Social et, en face de moi, des directeurs chinois d'entreprise d'État.*

*Pendant le même temps, le 15<sup>ème</sup> Congrès du Parti Communiste Chinois débattait de la nécessité d'une réforme en profondeur de la gestion des biens d'État. La conjonction de ces réflexions, toute proportion gardée en raison de l'importance comparée des populations, ne manque pas d'intérêt car j'ai pu constaté l'implication chaque jour grandissante des cadres chinois informés au jour le jour du succès pressenti de la tendance ZHU Rongji... Le feu étant au vert pour la réforme, l'on pouvait donc engager les travaux!*

*Les échanges passionnants ont vite achoppé sur la nécessité de redéfinir des concepts. Parlons-nous bien de la même chose ? Menons-nous bien les mêmes notions derrière les termes 'fonds propres', 'règlement judiciaire', 'faillite', etc?*

*Notre sentiment commun a été "pas précisément", mais il faut absolument y parvenir.*

*Autrement dit, la partie chinoise, très lucidement, a exposé que poursuivre la réforme voulait dire accéder à un état de droit, crédible sur le plan international. Cet état de droit, la France a tout intérêt à se prêter à son édification dans la mesure où la Chine accepte son concours.*

*Le Conseil Économique et Social s'y emploie à travers l'action de ses groupes, notamment ceux des entreprises publiques et de l'agriculture.*

*L'Association Franco-Chinoise pour le Droit Économique est pionnière en la matière et a acquis une grande crédibilité en Chine. Qu'elle en soit remerciée.*

*La présente mise à jour du numéro spécial sur le droit chinois, très attendue par les acteurs économiques tant chinois que français, ne pourra que contribuer à un mouvement vers le droit que, pour ma part, je crois irréversible.*

# PRÉFACE

par **Hubert FLAHAULT**

*Président de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris*

*Tout au long de 1997, la Chine est restée sous les feux de l'actualité:*

- *la mort de Deng Xiaoping le 19 février,*
- *la rétrocession de Hong Kong le 1<sup>er</sup> juillet,*
- *la tenue du XV<sup>ème</sup> congrès du Parti Communiste chinois le 12 septembre dernier, ont rythmé cette année, En mêlant étroitement destin politique et avenir économique du pays, ces évènements majeurs ont suscité les interrogations des experts.*

*Si le temps nous manque pour apprécier avec recul leurs conséquences, force est de constater que pour les deux premiers, la transition semble satisfaisante et que la Chine franchit apparemment bien ces nouveaux caps.*

*L'ère de l'après Deng Xiaoping s'inscrit dans la continuité de la politique économique initiée dès 1979 par le " Petit Timonier " et poursuivie jusqu'à sa mort.*

*Même si la vigilance reste de mise, le retour de Hong Kong à la Chine s'effectue dans des conditions a priori satisfaisantes et Pékin exerce dans la discrétion sa tutelle.*

*Enfin, lors du récent XV<sup>ème</sup> congrès du Parti Communiste, Jiang Zemin a annoncé la réforme des entreprises du secteur public, suite logique de l'ensemble des réformes menées depuis près de deux décennies.*

*Dans le contexte actuel, les trois grandes orientations mises en œuvre depuis plusieurs années, vont être renforcées. Il s'agit de la priorité au développement économique, de la décentralisation des pouvoirs et de l'ouverture du pays sur l'extérieur.*

*Leurs effets sur les indicateurs macroéconomiques de la Chine sont indéniables.*

*Si le produit intérieur brut chinois a officiellement progressé de 5,8 % de 1953 à 1978, il s'est élevé à 9,4 % de 1979 à 1996 La décennie 90 connaît une croissance qu'expliquent à la fois les conséquences des réformes structurelles et celles des investissements directs étrangers, importants quantitativement mais aussi qualitativement et que la Chine a su attirer, notamment grâce à la création de zones économiques spéciales.*

*La Chine, pays-continent, se révèle donc un marché porteur et prometteur pour les entreprises, que ce soit pour répondre aux besoins de la population comme à ceux de bon nombre de secteurs d'activités à développer dans tous domaines.*

*Les exemples abondent; s'il fallait en retenir un, je citerai le Barrage des Trois Gorges, véritable challenge en termes d'infrastructure mais aussi défi humain, écologique et organisationnel du fait du déplacement de la population et de la reconstruction de l'habitat et des entreprises.*

*Pour ce dernier volet, les entreprises françaises et particulièrement les PME-PMI ont une place à prendre. Mais elles ont besoin d'être informées, conseillées et accompagnées.*

*C'est dans cet esprit qu'a été organisé le 2 avril 1997 par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, l'Association Franco Chinoise pour le Droit Économique et l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris le colloque sur (Le droit des affaires en Chine et ses derniers développements".*

*Connaître le paysage juridico-économique et la vie des affaires en Chine est, en Effet, l'un des préalables indispensables à l'exportation et à l'implantation.*

*Cette manifestation au cours de laquelle se sont exprimés des spécialistes renommés, a accueilli de nombreux participants. Elle s'inscrit dans les actions internationales que mène la CCIP depuis de longues années, en particulier sur la Chine, pour aider les entreprises françaises sur cet immense marché qui reste difficile d'accès.*

*Parce que la Chine est désormais un acteur économique prépondérant au plan mondial et un partenaire incontournable, la CCIP a décidé de franchir une nouvelle étape en créant le " Comité d'échanges franco-chinois Paris - Ile-de-France", lieu d'échanges, d'observation et d'informations pour les entreprises françaises et chinoises.*

*Deux objectifs nous paraissent essentiels:*

- préparer les femmes et les hommes à anticiper et à conduire les projets de développement de leurs entreprises en Chine, en mettant l'accent sur l'interculturalité,*
- informer, conseiller et accompagner les entreprises sur le marché chinois pour les aider à exporter et à s'implanter.*

*La tâche est ardue, mais le renforcement des relations franco-chinoises et une meilleure connaissance réciproque en seront, je l'espère, la récompense.*

# INTRODUCTION

par Jacques SAGOT

*Président de l'Association Franco-Chinoise pour le Droit Economique*

Quelle que soit la flexibilité de la lex Mercatoria et des usages commerciaux en matière internationale, la complexité croissante des lois et règlements qui régissent chacun des pays engagés dans la compétition commerciale internationale nécessite, pour tout pays qui veut s'y engager, la mise en place d'un système de droit reconnu par tous.

Dès lors qu'à partir des années **1980** le Président **DENG Xiaoping** avait décidé, renversant une tendance millénaire, d'ouvrir la **CHINE** aux échanges commerciaux internationaux et, plus encore, aux investissements étrangers sur son territoire, quelque étrangère que fût la notion de droit au sens occidental du terme pour une civilisation qui ne connaissait jusqu'alors que les principes du confucianisme (de bonne entente, de confiance, de respect de la parole donnée), une telle ambition entraînait nécessairement la mise en place d'un système qui, pour ne pas être libéral au sens occidental du terme n'en interpellait pas moins les principes d'unicité et de centralisme du communisme chinois.

La liberté des échanges, ainsi instituée avec les pays étrangers, qui allait permettre à la CHINE de faire un bond en avant sans commune mesure avec celui préconisé dans les années 50 par le Président MAO, nécessitait parallèlement la mise en place d'un système de droit s'inspirant de ceux existant dans les pays avec lesquels la CHINE voulait multiplier les échanges.

Cette voie particulière, appelée *"le socialisme de marché"*, ne pouvait pas à terme ne pas avoir une influence considérable, non seulement sur la mise en place ex abstracto d'un droit chinois dont il avait été fait table rase au moment de la révolution culturelle et qui n'avait jamais auparavant profondément marqué la culture chinoise, mais sur l'évolution même de l'organisation juridique et judiciaire chinoise.

Par une volonté de croissance encore plus importante que celle qui a amené une progression annuelle à deux chiffres du P.I.B. depuis de longues années, la **CHINE** allait ainsi, en l'espace d'un peu plus d'une dizaine d'années, constituer un système de droit original et inspiré tout à la fois, selon les exigences du moment, des systèmes de droit romaniste et de common law.

Une telle évolution législative dans le domaine économique n'a pas manqué d'avoir des incidences profondes sur l'ensemble du droit chinois, notamment dans

le domaine du droit civil et du droit pénal, même si, en ces domaines, une telle influence est l'objet d'une plus longue maturation.

Dès sa création, en 1986, à l'initiative du Barreau de PARIS, au retour du séminaire sur le Droit Economique Comparé, organisé à **PÉKIN** avec le Ministère de la justice chinois, **l'Association Franco-Chinoise pour le Droit Economique** a eu pour objectif prioritaire d'instaurer un courant d'échanges continus entre les praticiens du droit économique chinois et français, tant il est vrai que les échanges économiques préparent et sous-tendent les échanges culturels et le développement d'une bonne entente et compréhension entre les pays.

Animée par des avocats, des magistrats et des représentants des entreprises et de l'administration, en liaison étroite avec leurs homologues chinois, notamment de **l'Association Nationale des Avocats Chinois et du C.C.P.I.T.**, **l'A.F.C.D.E.** veut d'abord et avant tout être un lieu de rencontres et d'échanges pour une meilleure compréhension respective de la pratique juridique et judiciaire dans les deux pays, pour permettre à ses membres d'apporter aux entreprises une assistance aussi pragmatique qu'efficace.

C'est dans cet esprit que l'A.F.C.D.E. organise, depuis 1987, plusieurs fois par an, des rencontres et séminaires destinés aux entrepreneurs. Ainsi, le **2 avril 1997**, **l'A.F.C.D.E.** a organisé, conjointement avec **l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris et la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris**, un colloque sur le thème *"Les derniers développements du droit des affaires en Chine"*.

Plutôt que la publication des actes de ce colloque, qui avait été vivement souhaitée par les participants, il a paru répondre au désir du grand nombre de réaliser ce nouveau numéro spécial, non seulement reprenant les domaines alors traités, mais aussi l'ensemble de ceux qui avait fait l'objet du précédent numéro spécial de la **Gazette du Palais**, *"La Chine et le Droit"*, de **juillet 1995**.

Consciente de la richesse de toutes les autres actions entreprises pour développer les échanges entre la FRANCE et la CHINE en matière juridique, l'A.F.C.D.E. est en relation étroite et constante, tant avec les représentants du monde judiciaire et commercial chinois, qu'avec les représentants des institutions et organismes français, en particulier le Conseil Économique et Social, le Ministère de la justice, le Ministère

des Affaires Etrangères, le Conseil d'Etat, la Cour de cassation, la Cour d'appel de Paris, le Tribunal de Commerce de Paris, le C.F.M.E.-ACTIM, la Chambre de Commerce et & Industrie de Paris, l'Association ARPEJE, la Société de Législation Comparée et le Comité France Chine, dont des représentants éminents ont bien voulu accorder leur concours au présent numéro, ce dont nous les remercions vivement.

Convaincue de la nécessité d'une action sur le long terme, sans pour autant négliger la défense des valeurs essentielles auxquelles le monde occidental, et plus encore les avocats, sont particulièrement attachés quant au respect de la personne humaine, l'**A.F.C.D.E.** n'en est pas moins également persuadée que c'est par l'intermédiaire des échanges dans le domaine juridico-économique qu'un dialogue de plus en plus riche s'instaurera et que sera tissée fil à fil la trame d'une société qui ne sera pas nécessairement, et c'est sans doute souhaitable, semblable aux normes occidentales, mais qui n'en répondra pas moins avec ses propres spécificités aux exigences profondes du respect de la personne humaine.

Ce nouveau numéro spécial **CHINE**, tout comme le précédent, n'a pas l'ambition de faire une étude complète et exhaustive du droit chinois, loin de là. D'autant plus que le présent numéro n'a pas pour objet de traiter à nouveau ce qui l'avait été dans le précédent, mais de tenir informé le lecteur des évolutions survenues depuis lors. Nous essayons ainsi simplement d'informer ceux qui sont intéressés par le droit chinois, notamment les opérateurs économiques français et européens et les praticiens concernés, de l'essentiel de ce droit et de son évolution, pour faciliter et promouvoir les échanges entre deux mondes dont la tradition politique, économique, juridique et culturelle est très différente.

Au nom du comité de rédaction, je tiens à exprimer notre profonde gratitude à la **Gazette du Palais** qui nous permet de réaliser ce numéro spécial, ainsi qu'à tous les auteurs qui ont accepté d'y apporter leur précieuse contribution.



# COOPÉRATION JURIDIQUE FRANCO-CHINOISE

## *LA COOPÉRATION JURIDIQUE ET JUDICIAIRE DANS LES RELATIONS FRANCO-CHINOISES*

par François-Marcel PLAISANT  
*Ambassadeur de France*

C'est avec un grand plaisir que j'ai pris la parole le 2 avril 1997 dans le cadre du colloque organisé par l'A.F.C.D.E., l'I.F.C. et la C.C.I.P. sur le thème "les derniers développements du droit des affaires en Chine" pour présenter la coopération juridique et judiciaire dans les relations franco-chinoises.

je veux mettre tout de suite les choses à leur place en disant que ces relations franco-chinoises en matière juridique et judiciaire sont pour une très large part le fait des praticiens du droit et ma contribution a donc été d'apporter mon témoignage de ce qu'elles représentent dans les relations officielles et les relations diplomatiques entre la FRANCE et la CHINE.

je le fais très volontiers parce que je serais heureux et fier si mon modeste témoignage pouvait contribuer à encourager le développement de ces relations. je le fais avec une certaine équation personnelle parce qu'étant, par famille, un "Robin", je me retrouve avec plaisir dans ce domaine qui est un sujet qui a été, si j'ose le dire, si familièrement, un de mes "dadas" pendant mes missions.

Cela peut paraître surprenant que ces aspects juridiques et judiciaires soient matières diplomatiques aujourd'hui. Cela ne doit pas surprendre, L'action diplomatique s'étend à tous les domaines et cela n'est pas d'hier. Pour ceux qui se rappelleront le tableau de Holbein sur les ambassadeurs, que j'aime beaucoup, on les voit entourés de tous les attributs de la connaissance depuis la musique jusqu'au recueil de jurisprudence.

Et c'est encore plus vrai de nos jours à notre époque de mondialisation. Et c'est encore plus vrai dans le cas de la CHINE.

Pourquoi et comment nous intervenons, je crois que cela tient en trois idées.

Notre époque est celle du retour de la CHINE dans le grand jeu mondial. Dans un jeu, il faut des règles et ces règles, nous Français, nous avons le plus grand intérêt, non seulement à les suivre en jouant, mais si possible à participer à leur élaboration.

Retour de la CHINE dans un grand jeu mondial, là dessus je n'ai pas besoin de m'étendre. Mais je crois qu'on ne se rappellera jamais assez que c'est un pays qui pendant 2.000 ou 3.000 ans s'est considéré comme la première puissance du monde. Et qui, ensuite pendant une centaine d'années, a dû cruellement déchanter sous la

pression occidentale et qui depuis une cinquantaine d'années, et surtout depuis les 15 dernières années, lutte pour reconquérir son rang.

Rang qu'elle a reconquis en devenant membre permanent du Conseil de Sécurité (1945), comme, la FRANCE. Nous avons donc là une certaine affinité avec nos amis chinois. La CHINE se soucie maintenant de tenir ce rang politique sur le plan économique avec le succès que nous savons.

Pour la CHINE, il s'agit de rentrer dans un jeu qui est un jeu, au fond, créé en dehors d'elle, par des pays qui ont une tradition juridique vieille de 2.000 ans, puisque tout cela remonte pour nous à une tradition romaine comme chacun sait, alors que la tradition de la CHINE est toute différente. Et même si elle a connu le règne des légistes au premier siècle avant notre ère, qui correspondait à peu près à l'époque des *grands "prudents"* du droit romain, cette tradition est totalement différente et ceux qui ont l'occasion, je crois, de pratiquer le droit en CHINE s'aperçoivent bien de la véritable manière dont il convient d'y conduire les affaires, qui repose beaucoup plus sur l'esprit de conciliation, disons, que sur l'esprit de contentieux.

Ce retour dans les règles du jeu s'exprime entre autres, aujourd'hui, par la perspective de l'adhésion de la CHINE à l'Organisation Mondiale du Commerce, par la création progressive d'un droit chinois, car il faut bien se rendre compte que l'on partait d'une table rase, et qu'il y a eu un immense effort de construction juridique accompli depuis une quinzaine d'années. Il n'est donc pas surprenant que ce droit, et en particulier ce droit des affaires, soit encore assez lacunaire et, dirais-je, inchoatif dans bien des domaines. Il est en train de se faire, et j'ai dit que cela nous intéresse, au premier chef, parce que c'est en fonction de ce que devient ce droit, de ce que sera ce droit des affaires chinois, que nos entreprises sont en mesure de travailler, de connaître, de pratiquer les règles du jeu auxquelles elles ont à participer.

C'est quelque chose d'absolument vital parce que l'on a beaucoup débattu sur les relations entre la FRANCE et la CHINE. on s'est demandé jusqu'à quel point nous devons nous engager sur le plan politique, sur le plan économique. J'ai coutume de dire que c'est comme le pari de Pascal, dont il ne faut pas oublier que Pascal ajoutait: " il faut parier, vous êtes embarqués ".

Et bien, je dirai de même que nous sommes embarqués, quand on se trouve en présence d'un pays qui prend les positions que la **CHINE** prend sur le plan mondial, d'un pays avec lequel J'an dernier nous avons fait, si mes chiffres sont bons 18 milliards de francs de déficit, ce qui est malheureusement pour **1996** un mauvais chiffre, beaucoup moins bon qu'en **1994** et **1995** où nous avons redressé notre taux de couverture de 43 à 53 %. Et le chiffre de 2 % de part de marché, cité par Madame le Bâtonnier Dominique **de LA GARANDERIE** dans son allocution d'ouverture lors du colloque du 2 **avril 1997**, est, je crois, le même en **1995**, en hausse très nette par rapport à ce qu'il était en **1993-1994**, mais il a baissé à nouveau depuis et est retombé à son niveau antérieur de 1,6 %.

Nous devons jouer ce jeu et il est très important de trouver en **CHINE**, dans ce droit en gestation, le plus d'éléments possibles qui le rapprochent de notre propre expérience, parce que c'est évidemment en fonction de la présence de certaines structures juridiques, de certaines approches, de certains modes de pensée que nous, que vous lecteurs, que nos entreprises auront le plus de facilité à comprendre leurs partenaires chinois et à en être comprises.

C'est ce que j'avais coutume de résumer en disant que tous nos efforts devraient tendre à instiller au moins quelques gouttes de romano-germanique dans ce futur système juridique et judiciaire chinois. Et je crois que c'est le cas, et largement grâce aux efforts conduits par le **Barreau de PARIS**, par la **Chambre de Commerce et de l'industrie de Paris et l'Association Franco-Chinoise pour le Droit Économique**.

Que fait-on donc sur le plan des pouvoirs publics pour aider à cette action ? Instiller un peu de romano-germanique, cela veut dire essayer d'intervenir dans la formation non seulement du droit, mais de ceux qui le font, des juristes chinois. C'est pour cela que, sous l'angle de l'action des services de l'Ambassade de **FRANCE**, cette coopération juridique et judiciaire se range dans le chapitre de la coopération dite culturelle, scientifique et technique.

L'enveloppe que nous lui consacrons est une des toutes premières en Asie, elle comprend plusieurs chapitres: le plus important est celui de la coopération technique proprement dite qui porte sur la formation de cadres scientifiques et économiques, cela représente environ 35 à 38 %. La coopération proprement scientifique en représente 15 %, la coopération linguistique et éducative fait 31 l'audiovisuel 2,5 % et les échanges artistiques 3,4

A l'intérieur du chapitre de coopération technique, environ 4 % du total passe à ce qu'on est convenu d'appeler la coopération "**administrative**" qui comprend les aspects juridiques et judiciaires. Cela peut paraître faible, je suis le premier à penser que c'est faible mais c'est en croissance. Je vous donne ces chiffres pour essayer d'être un peu concret, pour vous donner une idée pratique de ce que représente ce chapitre de notre action. Mais il faut bien se dire que tout se tient et que lorsqu'au titre de la coopération linguistique on contribue à former de jeunes chinois parlant français, que lorsqu'au titre de la coopération scientifique on organise des échanges universitaires, tout cela profite de près ou de loin à la formation de partenaires chinois qui sont plus intéressés par notre propre culture dans tous les domaines et plus ouverts aux messages que nous souhaitons leur faire passer aussi bien dans ce domaine juridique et judiciaire.

Et je précise qu'il y a deux ans, malgré la rigueur qui est de règle, j'avais obtenu à **PÉKIN** l'affectation d'un attaché de plus au service scientifique, ce qui a permis de le concentrer sur les sciences dures comme on dit et donc de détacher quelqu'un à plein temps pour s'occuper de la coopération juridique, judiciaire et administrative.

J'oubliais d'ajouter que les moyens du Ministère des Affaires Étrangères sur ce chapitre sont pratiquement doublés par ceux de l'A.D.E.T.E.F., une association qui est le bras du Ministère de l'Économie et des Finances pour la formation de cadres économiques et financiers à l'étranger. Donc nous coopérons très étroitement, particulièrement en **CHINE**.

Que fait-on avec ces moyens ? je vais prendre quelques exemples. Pour l'année qui s'ouvre, pour l'année actuelle 1997, il y a un cycle de formation sur le droit européen pour une douzaine de juristes chinois de la Faculté de l'Université du Peuple de **CHINE**; ce sont des juristes qui ont déjà reçu une formation à la langue française et qui feront un séjour de 8 mois à **PARIS** et un séjour à la Cour de justice des Communautés.

Il y a une coopération en matière de droit pénal qui est très poussée, nous avons eu l'honneur de recevoir à **PÉKIN**, à l'époque, Monsieur **TRUCHE** comme Procureur Général de la Cour de Cassation, il est revenu depuis comme Premier Président. L'intérêt que porte la Cour de Cassation à cet aspect des relations franco-chinoises m'a été d'un grand encouragement. Il y a aussi, parmi les projets ainsi soutenus, la formation, la création d'un centre de droit franco-chinois en coopération avec l'Université d'**AIX MARSEILLE** ; vous savez que **CHONGQINQ**, l'une des plus grandes villes chinoises a été érigée lors de la dernière session de l'Assemblée Nationale Populaire en ville province sur le même statut que **PÉKIN, TIANJIN et SHANGHAI**. C'est donc un centre extrêmement important ou il n'est pas inutile de placer ses pions.

Je pourrais citer, encore, la coopération au projet de création en **CHINE** d'une École Nationale de la Magistrature. Des missions ont déjà eu lieu et je crois que ce serait extrêmement fructueux si nous pouvions développer de tels échanges et les futurs magistrats chinois recevraient ainsi au moins quelque teinture de notre droit et de notre tradition juridique.

Et bien entendu, "**last but not least**", la coopération conduite avec l'Ordre des Avocats, avec les déplacements du Barreau de **PARIS** qui sont bien connus, ayant eu, notamment, personnellement la chance et l'honneur de recevoir Monsieur le Bâtonnier **FLÉCHEUX**, Monsieur le Bâtonnier **FARTHOAT** et Monsieur le Bâtonnier **VATIER**, alors Dauphin, lorsque j'étais à **PÉKIN**. Je crois que là aussi il y a beaucoup à faire et que c'est même là qu'il y a le plus à faire puisqu'il n'appartient, évidemment, pas à l'Administration de prendre elle-même en main cette formation, sauf s'il n'y a véritablement pas d'autres recours, mais qu'en revanche elle doit toujours être disponible pour aider ceux qui sont les mieux qualifiés par leurs expériences et leurs connaissances pour accomplir réellement ce travail.

Voilà donc ce que représente cette coopération juridique et judiciaire dans l'action des pouvoirs publics en **CHINE**.

Je suis tout prêt à penser, je le répète, que ce n'est pas encore assez, parce que je crois que c'est une des formes d'action les plus intéressantes et les plus fécondes pour l'avenir. J'ai eu la satisfaction de constater en allant aux renseignements, tout dernièrement, qu'elle se poursuivait. Et, en guise de conclusion, vous voudrez bien m'excuser de me citer moi-même en trahissant un petit secret, c'est-à-dire une des conclusions de mon rapport de fin de mission où je disais: si devant la modicité de nos moyens nous sommes contraints à des choix budgétaires sur les chapitres relevant de la coopération culturelle, scientifique et technique, c'est dans tous les cas en faveur de la coopération dite administrative et judiciaire qu'il conviendrait d'arbitrer.

# COOPÉRATION JURIDIQUE FRANCO-CHINOISE

## ***L'ENTRAIDE JUDICIAIRE ENTRE LA FRANCE ET LA CHINE***

par **Olivier de BAYNAST**

*Chef du Service des Affaires Européennes et Internationales au Ministère de la justice*

Je commencerai par évoquer nos relations d'entraide judiciaire avec la Chine qui, tant dans le domaine civil qu'en matière pénale, ne sont pas au niveau de ce que l'on peut attendre des relations entre deux Etats de cette importance.

Les relations entre le système judiciaire chinois et le système judiciaire français dans le domaine de l'entraide civile et pénale restent épisodiques.

Certes, ainsi que le signale Monsieur Jacques RAYBAUD, responsable du Bureau de l'entraide judiciaire civile, l'application de l'accord de coopération judiciaire en matière civile et commerciale signé à Beijing le 4 mai 1987 ne pose pas de problèmes particuliers, mais il convient de signaler, selon ce magistrat, qu'il n'y a aucune application de cet accord dans le domaine de l'accès international à la justice. Cela n'est pas satisfaisant compte tenu de l'importance des échanges entre la France et la Chine.

On peut également être surpris du nombre très faible des demandes concernant la notification des actes et les commissions rogatoires qui semble traduire une insuffisante connexion entre nos deux systèmes.

En matière pénale, faute de convention, la coopération judiciaire est régie par le principe de réciprocité.

Cependant le responsable du Bureau de l'entraide répressive, Madame CHAPELLE, indique la rareté des relations d'entraide entre la France et la Chine, ce qui peut surprendre l'observateur, notamment au vu de l'importance de la communauté chinoise en France et du développement des activités des Français avec la Chine.

Toutefois, la Chine est partie à certains instruments internationaux comme la Convention de Vienne du 20 décembre 1988 relative au trafic illicite de stupéfiants qui donne une base juridique à notre coopération en la matière.

La coopération au sens large est au contraire une activité qui connaît une explosion. Il n'est pas de mois sans que se déroule une action de coopération juridique avec la Chine et bien évidemment le monde judiciaire n'est pas absent de ce développement qui a connu une extension considérable depuis la visite en France d'une délégation de cinq membres du Parquet Populaire Suprême, du 2 au 13 mai 1994.

Les plus hauts magistrats français, tel Monsieur Pierre TRUCHE, Premier Président de la Cotir de Cassation, Monsieur Jean-François BURGELIN, Procureur Général près la Cour de Cassation et Monsieur Guy CANIVET, Premier Président de la Cour d'Appel de Paris, les directions législatives de la Chancellerie, en particulier la direction des affaires civiles et du sceau, ont souvent apporté leur expertise aux juristes chinois qui s'informent de notre législation et de notre jurisprudence dans les domaines les plus techniques comme le droit de la concurrence, la propriété industrielle, les entreprises en difficulté etc...

De son côté, le Conseil d'État a de très nombreux contacts avec la Chine dont les responsables s'intéressent à ses fonctions dans le domaine de la préparation des textes pour l'organisation de l'appareil d'État mais aussi comme juge de l'administration.

La Cour des Comptes n'est pas en reste de notre coopération et ses experts sont très appréciés par la Chine.

Les juridictions commerciales ont accepté d'assumer une partie de la charge de notre coopération juridique dans le domaine du droit commercial avec l'organisation de séminaires de formation et d'étude ; elles ont trouvé des formules très originales qui permettent le développement d'un travail entre les praticiens, toujours très apprécié des Chinois qui veulent du concret.

Face à ce foisonnement, un effort de coordination s'impose au profit duquel l'Association Franco-Chinoise pour le Droit Économique, sous la présidence de Maître Jacques Sagot, joue déjà un rôle déterminant et avec l'apport irremplaçable du barreau de Paris qui depuis longtemps a compris l'importance de développer des relations avec la Chine. Le Conseil

supérieur du notariat a également depuis une dizaine d'année, par le canal du "notariat latin", réussi à convaincre les Chinois de l'utilité de l'ACTE AUTHENTIQUE pour l'affermissement de la sécurité juridique.

Cependant la cohérence de l'action du monde juridique français reste ici, comme dans d'autres domaines, très insuffisante, et ce malgré les efforts de l'Association ARPEJE de coopération juridique et les appels de son président Robert BADINTER pour que les différents acteurs de la coopération juridique mettent en commun leurs expériences, pour être à même d'en démultiplier les effets.

Le Ministère de la justice œuvrera avec détermination avec le Ministère des Affaires Étrangères qui soutient la coopération juridique, pour assurer cette coordination sans laquelle nos actions seraient une goutte d'eau dans la mer. Prochainement, une mission conjointe du Service des Affaires Européennes et Internationales et de l'Ecole Nationale de la Magistrature se rendra en Chine pour envisager avec notre Ambassade et les autorités chinoises, les grandes lignes de ce que pourrait être une coopération mieux organisée, dont seront exclues comme inutiles les visites d'identification, aujourd'hui totalement dépassées, qui sont souvent des prétextes de tourisme juridique.

L'objectif sera de définir les méthodes d'intervention sur quelques thèmes prioritaires. Ces thèmes concerneront des matières essentielles parmi lesquelles le droit des affaires. Un tel choix ne signifie nullement que la préoccupation des droits de l'homme soit étrangère à nos préoccupations, bien au contraire: à travers notre vision du droit pénal et notre expérience de l'application de la Convention européenne de sauvegarder des droits de l'Homme à laquelle la Chine n'est pas indifférente, les droits de l'homme seront présents. Car même si bien des choses ont changé depuis les événements de la place Tienanmen, le "mûrissement" de l'État de droit, qu'évoquait dans un article de la revue "Tiers monde" de 1996, le professeur Jean Pierre CABESTAN, remarquable connaisseur au CNRS des évolutions du droit chinois, est encore très loin d'avoir atteint son plein développement en Chine.

# COOPÉRATION JURIDIQUE FRANCO-CHINOISE

## *L'EXPÉRIENCE DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS DANS SES ACTIONS AVEC LES MAGISTRATS CHINOIS*

par **Bernard PIOT**

*Vice-Président du Tribunal de Commerce de Paris  
Président de l'A.F.F.I.C.*

**A**u terme d'une première année de mise en œuvre des accords de coopération entre la Cour Supérieure Populaire de **PÉKIN** et le Tribunal de Commerce de **PARIS** l'on peut formuler quelques observations sur les actions entreprises et les résultats recueillis.

Trois idées ordonnent la réflexion: - la qualité de la relation de partenariat - les thèmes **traités en 1997** - les projets d'actions **pour 1998 et 1999**.

La continuité des relations entre les principaux interlocuteurs génère un climat de confiance et de respect auquel les partenaires chinois sont particulièrement sensibles et qui favorise la spontanéité des échanges.

Ainsi et au-delà de l'intérêt informatif que suscitent les exposés réciproques sur la situation législative et réglementaire en vigueur ou cri passe de l'être se manifeste une réelle volonté de comprendre la méthodologie du législateur et la réflexion du juge. Nos collègues chinois sont en charge de l'application d'une abondante création normative appelée à soutenir une réforme radicale de la conception des principes de développement de l'économie.

Les travaux préparatoires à effectif réduit pour arrêter en commun les sujets à traiter limitent les risques d'insatisfaction et d'inefficacité.

En **mai 1997**, une délégation française a présenté sur deux journées devant une assemblée de près de cent cinquante magistrats des cours du district de **PÉKIN** l'historique, la législation en vigueur et la pratique des juridictions commerciales en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises.

Les interventions répondaient à une demande des juges des chambres spécialisées en droit des affaires devant lesquelles sont distribuées les premières faillites d'entreprises soumises à la loi chinoise de **1986**.

Pour la visite en **FRANCE** de la délégation chinoise en **septembre** dernier les thèmes retenus avaient été choisis en fonction des attentes exprimées par les entreprises françaises:

- la pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires devant les tribunaux chinois,
- la protection juridique prévue par le code pénal en matière commercial,
- le nouveau droit chinois de la concurrence et son application par les chambres spécialisées.

Les exposés développés en province devant des assemblées de juristes et de chefs d'entreprises et à la Cour d'Appel de **PARIS** ont donné aux auditeurs un bon aperçu de l'esprit de la législation, mais aussi la connaissance concrète à partir d'exemples de jurisprudences récentes de l'appréhension par les juges de ces nouveaux types de litiges.

L'extension de l'État de droit aux acteurs de la vie économique publics ou privés étend le rôle régulateur des juges à des domaines jusque-là étrangers à leur formation universitaire et professionnelle. Elle accroît considérablement le volume des causes à traiter.

Les questions prévues pour les travaux qui doivent se poursuivre sur les prochaines années intègrent ces préoccupations :

- présentation des différents aspects du droit français de la propriété intellectuelle et industrielle
- protection des brevets, dessins et marques,
- les procédures rapides devant les juridictions commerciales (juridiction du président),
- échanges d'informations sur les actes de procédure, les voies d'exécution et le droit des sûretés.

Le développement de cette coopération devra, pour en favoriser la diffusion auprès des différents degrés de l'organisation judiciaire chinoise, s'appuyer sur de nouveaux modes de communication.

A cet effet, des contacts ont été pris avec le **C.N.E.D.** à **POITIERS** et la direction de l'E.N.M.

# CONTEXTE ECONOMIQUE ET POLITIQUE DE LA CHINE EN 1997

## *L'ANNÉE DES TROIS SORCIÈRES EN CHINE*

par **André CHIENG**

*Président d'A.E.C, Vice-Président du Comité France-Chine*

L'année 1997 n'est pas encore terminée, mais pour la Chine, les trois grands événements dont 'on disait qu'ils pouvaient bouleverser le pays sont déjà derrière nous: la mort de Deng Xiaoping, le retour de Hongkong à la Chine et le XYLÈME Congrès du Parti Communiste chinois. Les familiers de Wells Stress parleraient de l'Année des Trois sorcières. Que faut-il en déduire ? Avant de répondre à cette question, voyons d'abord pourquoi ces trois événements étaient si importants.

On a déjà tellement parlé de la mort de Deng Xiaoping que je me contenterai de résumer le problème qu'elle posait à la stabilité de la Chine. Deng Xiaoping fut le dernier dirigeant à posséder la double légitimité militaire et politique d'avoir remporté des victoires militaires et d'avoir été, parmi les pionniers du communisme chinois, un vétéran de la Longue Marche. Comme il a usé deux successeurs potentiels avant que Jiang Zemin ne soit choisi, on pouvait craindre deux risques: que la mort de Deng n'allume une guerre de succession ou que la seule légitimité dont puisse se targuer Jiang Zemin, celle du Parti communiste, ne soit insuffisante dans un monde où le Parti communiste est en régression, voire en voie de disparition partout ailleurs. Dans les deux cas, le pays aurait connu une forte instabilité.

Le retour de Hong-Kong posait un autre problème: les habitants de l'ancienne colonie britannique supporteraient-ils le rattachement à la Chine ? Une maladresse de Pékin ne risquait-elle pas de provoquer le mécontentement des habitants, voire des manifestations, qui dans un processus de répression-provocation, auraient pu amener une rapide faillite du régime imaginé par Deng Xiaoping: " un pays, deux systèmes " ?

Enfin, le dernier événement dans l'ordre chronologique s'avère peut-être le plus important en pratique car il doit décider à la fois de la ligne politique à suivre et des hommes allant la mettre en œuvre. Mais autant les deux premiers étaient prévisibles, autant le dernier pouvait receler de multiples incertitudes. Et en particulier, les conséquences des deux événements que j'ai cités plus haut pouvaient avoir un impact important sur le XVème Congrès :

imagine-t-on que Jiang Zemin aurait pu rester si le retour de Hong-Kong avait été catastrophique ?

### **1. La mort de Deng Xiaoping et le retour de Hong-Kong:**

Force est de constater que la mort de Deng Xiaoping est loin d'avoir semé le trouble qu'on a pu craindre. Deng Xiaoping avait choisi un successeur en la personne de Jiang Zemin. Celui-ci se montrera-t-il à la hauteur ? La réponse à cette question ne peut être que progressive. L'Histoire montre que la Chine sait assez bien gérer les situations prévisibles. C'est l'inattendu qui risque de semer le trouble. Or la Chine et le Parti ont eu tout le temps nécessaire pour préparer la disparition du vieux dirigeant. On s'est complu à dénoncer le manque de charisme de Jiang Zemin, l'accusant de " ne pas avoir la moindre idée originale " et d'être doté d'une personnalité en rien comparable à celle de ses prédécesseurs, Zhao Ziyang et Hu Yaobang. On oublie que Jiang Zemin a été officiellement intronisé n° 1 en 1989. Huit ans lui ont permis de faire un parcours qui a largement consolidé sa position et dont on voit l'illustration au récent XVème Congrès. Il ne dispose d'aucune légitimité militaire ? Il s'intéresse à l'armée, prône sa modernisation, promeut une nouvelle génération d'officiers supérieurs, en profite pour écarter les vieux généraux et tourne sa " faiblesse " en avantage. Au Congrès, il se permet le luxe de se doter d'un Bureau politique dont le Comité permanent, donc le vrai siège du pouvoir ne comporte aucun militaire. Son ancien rival déclaré est Chan Xitong, l'ex-maire de Pékin ? Après avoir été mis en résidence surveillée pour corruption , ce dernier vient d'être exclu du Parti et passera en jugement. Jiang Zemin fait œuvre de salubrité publique et en même temps se débarrasse d'un ancien concurrent. Son seul rival actuel est Qiao Shi, l'ancien chef de la Sécurité qui se serait bâti un " empire " à la tête de l'Assemblée Nationale Populaire ? Le XVème Congrès ne l'a pas réélu au Bureau Politique: il est mis à la retraite et sa place sera vraisemblablement occupée en mars prochain par Li Peng. Le seul personnage qui ne change pas dans cette galaxie est Jiang Zemin qui se maintient dans sa triple fonction de chef du Parti, de

l'Etat et de l'Armée. Du grand art ! Peut-on encore considérer Jiang Zemin comme un " pape de transition " choisi par un Deng Xiaoping vieilli et intellectuellement affaibli ?

Le vieux patriarche n'a pas vécu assez longtemps pour satisfaire son dernier souhait: aller dans un Hong-Kong enfin revenu sous souveraineté chinoise. Il s'en est fallu de quelques mois. L'avenir dira si ce 1<sup>er</sup> juillet 1997 restera ou pas comme le plus grand triomphe de Deng Xiaoping, car il s'agit bien d'un triomphe chinois et cette journée aura été lourde de symboles. A-t-on remarqué que lorsqu'à minuit le drapeau chinois fut hissé tandis que l'Union Jack était amené, ce fut un fantassin qui porta le drapeau chinois tandis qu'un marin reçut le drapeau anglais ? Il y avait là plus que du protocole. On assistait à la revanche d'un empire continental sur un empire maritime. On ne le dira jamais assez: la Chine est une puissance continentale, rurale et pérenne. L'empire britannique fut sans doute le plus étendu que le monde ait connu, mais entre sa naissance et sa disparition, il ne se sera écoulé guère plus de trois siècles. L'empire chinois a connu bien des avatars, il a même été dominé pendant quelques centaines d'années par des peuples non chinois, mais il continue d'exister plus de vingt-deux siècles après sa fondation. Or le retour de Hong-Kong a ceci d'extraordinaire qu'il n'est légalement justifié par aucune obligation internationale. Certes les Chinois ont toujours clamé que Hong-Kong avait été pris par les Anglais au terme des " Traités inégaux ", mais d'une part les Anglais n'ont jamais admis cette notion et d'autre part bien d'autres territoires autour de la Chine et dans le monde sont dans le même cas. Le bail de 99 ans qui définit la date du 1<sup>er</sup> juillet 1997 ne concerne en fait que ce qu'on appelle les Nouveaux Territoires. Légalement, il ne s'applique ni à Hong-Kong ni à Kowloon. Mais quand on demanda au dernier gouverneur britannique de Hong-Kong pourquoi l'Angleterre de Mme Thatcher ne s'est pas maintenue ou n'a pas essayé d'accorder " l'indépendance à Hong-Kong ", sa réponse ô combien significative fut que " cela n'allait pas dans le sens de l'Histoire ". Et pour le démontrer, la Chine n'eut même pas besoin de livrer bataille. On voit l'application de deux principes hautement chinois:

- la plus grande des victoires est celle que l'on gagne sans avoir à livrer bataille.
- les lois humaines cèdent le pas devant le " sens de l'Histoire ".

Nombreux sont les observateurs qui prédisent l'inévitable conflit entre un pouvoir autoritaire comme celui de Pékin et une population locale hong-kongaise habituée aux délices des libertés individuelles. En fait, nul ne peut prédire comment la situation évoluera. Peu d'études ont réellement essayé de comprendre les sentiments de la population hong-kongaise et les sondages effectués cherchent des réponses toujours partielles aux problèmes posés. On ne peut occulter l'inquiétude de beaucoup qui se sont installés à Hong-Kong précisément pour fuir le communisme, mais qui peut nier que les Hong-Kongais aient été plus des sujets que des citoyens pour la Couronne britannique ? Pour la Chine cependant, le vrai problème de Hong-Kong n'est pas que la zone administrative spéciale voie ses libertés réduites, mais bien qu'elle apparaisse comme par trop privilégiée en comparaison du reste de la Chine. En effet, comment justifier maintenant la différence de situation entre un Hong-Kongais et son compatriote du continent ? Tous deux sont désormais également chinois ! La réponse à ce dilemme s'appelle: " un pays, deux systèmes ". Tout le monde a remarqué que dès le

2 juillet, Jiang Zemin lançait un appel aux Taïwanais pour qu'eux aussi acceptent la réunification sous le régime : " un pays, deux systèmes ". On a retenu le refus sec de Taiwan, mais on n'a pas noté le message à usage interne que véhiculait cet appel: " que personne ne touche au mot d'ordre précité, il est le seul espoir de réunification de Taiwan avec le continent un jour. "

## 2. Le XVème Congrès:

Le troisième événement important de l'année est le XVème Congrès du Parti qui s'est tenu du 12 au 18 septembre. On a déjà évoqué les changements de personnes qui y ont été décidés. Qu'en est-il des idées ?

Là encore, on remarque un paradoxe surprenant. Tandis que la presse chinoise présente ce Congrès comme ayant accompli des progrès décisifs, la presse internationale et en particulier française se montre sceptique, voire railleuse. Pour la première, ce Congrès marque la " troisième révolution des mentalités ", les deux premières étant la politique d'ouverture et de libéralisation en 1978 et l'économie socialiste de marché en 1992. Pour la presse internationale, il n'y a eu que de timides avancées. A de rares exceptions près, elle a salué l'annonce des privatisations partielles des grandes entreprises publiques et a regretté l'absence de réformes politiques significatives. Qu'en est-il ?

La meilleure réponse consiste sans doute à analyser non pas le discours-fleuve de Jiang Zemin ouvrant le Congrès, ce qui dépasserait le cadre de cet article, mais l'exposé que fit Zhu Rongji devant l'assemblée du FMI et de la Banque Mondiale qui s'est tenue à Hong-Kong peu après le XVème Congrès. Le n° 3 chinois explique l'expérience chinoise en quatre points à un auditoire essentiellement international :

- préserver la stabilité politique et sociale afin de créer un environnement favorable à la réforme et au développement.
- dans le même temps, renforcer le contrôle macro-économique ainsi que la réforme structurelle et préserver une croissance stable.
- persévérer dans une politique pragmatique, raisonner en toutes occasions à partir de la situation chinoise, ne pas copier de recettes, ne pas imiter aveuglément de modèle étranger
- procéder à la réforme par étape, commencer par le plus facile avant d'aborder le plus difficile ; expérimenter d'abord, étendre ensuite ; adopter " l'avance graduelle ".

On accuse la Chine de pauvreté théorique. C'est que sa méthode ne consiste pas à partir d'un modèle et à l'appliquer comme dit Zhu Rongji, mais à partir de la situation réelle et à essayer de la réformer. De ce fait, la doctrine chinoise sert plus à consolider l'acquis qu'à tracer de lointaines perspectives d'avenir. Jiang Zemin réitéra la théorie du stage primitif du socialisme au cours duquel la priorité est à la production. Cette théorie avait déjà servi à Deng Xiaoping pour justifier sa politique au moment de son lancement. Jiang Zemin se met dans la ligne du patriarche disparu et rend hommage dans son discours à la théorie de Deng Xiaoping, qui fait partie de la pensée de Mao, elle-même faisant partie du marxisme. Il n'est donc pas étonnant que Jiang Zemin ait déçu les journalistes occidentaux, car il ne pouvait rien annoncer de spectaculaire. Le spectaculaire eût été un changement de cap, qui aurait été désastreux ou une accélération des réformes dont le discours de Zhu Rongji montre qu'elle aurait été tout à fait opposée à la méthode chinoise.

Quel est donc l'apport principal de ce Congrès ? C'est d'avoir entériné la justesse des vingt années " d'expérience " qui viennent de s'écouler: la " théorie de Deng Xiaoping " a été inscrite dans les textes constitutifs du Parti comme l'adaptation à la Chine moderne du marxisme et de la pensée de Mao. Le Parti légitime donc la méthode Deng Xiaoping et la recherche de l'efficacité économique en procédant à un amendement de ses statuts. En même temps, Jiang Zemin ouvre la voie à de nouvelles réformes. Les deux directions principales qu'il a indiquées concernent la propriété des entreprises publiques et la consolidation d'un état de droit.

Conformément à la théorie Deng Xiaoping, Jiang Zemin se contente d'indiquer un nouveau champ d'expérimentation, Il se garde bien de dire ce qu'il faut faire puisque précisément c'est l'application sur le terrain de diverses expériences qui va l'indiquer. De ce fait, beaucoup de commentateurs occidentaux commettent deux erreurs :

- on crie un peu trop vite à la privatisation alors que ce terme n'est même pas mentionné. Jiang Zemin parle simplement d'une diversification des modes de propriété grâce à la mise en place d'un système d'actions. Certes, une direction évidente et indiquée par les autorités chinoises pointe vers la possession privée

d'actions, mais ce n'est pas la seule. Une autre conséquence permise par cette réforme serait la possibilité de constituer des holdings d'état puissants capables de contrôler diverses compagnies sans y consacrer la totalité de leurs ressources financières. En effet, la Chine manque encore aujourd'hui de groupes puissants à l'échelle mondiale et d'après de nombreux analystes chinois, elle en a besoin pour être un acteur de premier plan sur la scène planétaire.

- on néglige complètement les débuts de réforme politique. Celle-ci passe par l'instauration d'un état de droit, c'est-à-dire pour la Chine, le recours à la loi pour trancher les litiges. Sachant que sous l'époque maoïste, la distinction entre le juste et l'erroné était l'affaire du Parti, c'est un changement de mentalité tout aussi important que la réforme économique qui se dessine. Or il est intéressant que le Quotidien du Peuple rapporte des témoignages de responsables de Parti de province déclarant que l'instauration de cet état de droit dans leurs circonscriptions doit s'accompagner de l'amplification de la démocratie. On en reste pour l'instant aux échelons de base, mais n'oublions pas que la réforme Deng Xiaoping a aussi commencé par la réforme des lopins privés dans les campagnes.

## **RESTRUCTURATIONS, DÉNATIONALISATIONS OU PRIVATISATION DES ENTREPRISES D 'ETAT ?**

**par Hubert BAZIN et Hans-Günther HERRMANN,**

*Avocats au Barreau de Paris, Cabinet Gide Loyrette Nouel, Paris-Pékin*

La presse internationale s'est fait l'écho des décisions intervenues lors du XVème Congrès du Parti Communiste Chinois, tenu à Pékin du 12 au 17 septembre dernier, en parlant d'une étape essentielle de la réforme économique. Le Congrès a en effet approuvé un vaste plan de réforme du secteur public, déjà mis en œuvre à titre expérimental dans de nombreuses entreprises.

Lors du 3ème Plenum du XIVème Congrès du PCC à l'automne 1993, le principe de séparation des fonctions de l'administration de celles des entreprises avait déjà été approuvé. Quelques mois plus tard, était lancé le programme " 10.000 - 1000 - 100 - 10 " (10.000 entreprises dont les actifs devaient être évalués, 1000 entreprises placées sous le contrôle de nouveaux comités de gestion des actifs, 100 entreprises transformées en sociétés par actions, 10 villes pilotes pour une réforme globale visant à optimiser le capital étatique). En fait, les villes pilotes sont rapidement passées de 10 à 18, puis à 56 et maintenant à 110, et la transformation des entreprises d'Etat en sociétés par actions s'est étendue bien au-delà des 100 entreprises sélectionnées. D'autres programmes expérimentaux ont entraîné un vaste mouvement de transformation en sociétés et de restructuration des actifs sociaux des anciennes entreprises d'Etat (logements vendus aux habitants ou transférés aux municipalités, cantines, cliniques, jardins d'enfants

progressivement détachés des entreprises etc.). Shanghai a ainsi restructuré à la hache des pans entiers de son industrie, notamment dans le secteur textile, et expérimenté de nouvelles méthodes de gestion pour augmenter la rentabilité des participations étatiques

### **Transformation en sociétés des plus grandes entreprises**

Cette année, le XVème Congrès ne fait donc que consacrer ce qui était jusqu'alors expérimenté à large échelle, et habille sous le nom de "diversification des formes de propriété" un vaste mouvement de désengagement de l'Etat de dizaines de milliers d'entreprises réparties sur l'ensemble du territoire.

La ligne directrice de la réforme est explicite : l'Etat n'entend plus garder le contrôle majoritaire ou exclusif que d'environ un millier d'entreprises stratégiques. Le capital des autres entreprises moyennes et grandes doit être ouvert à des participations d'autres sociétés, privées ou non, voire étrangères, ainsi qu'aux salariés. Quant à la grande masse des petites entreprises (plusieurs dizaines de milliers) elles seront forcées de se restructurer et de se développer par elles-mêmes à la suite du désengagement de l'Etat.

Il faut noter d'emblée que les quelques mille entreprises dont l'Etat souhaite garder le contrôle représentent les fleurons de l'industrie chinoise en termes d'accumulation de capital et de positionnement stratégique. Le gouvernement chinois voudrait, en les renforçant, en faire des groupes puissants de taille internationale, rénovés et performants. Au regard de leurs performances actuelles, et notamment du ratio de l'endettement sur la valeur des actifs, qui constitue pour les autorités l'indicateur principal de leur situation, beaucoup reste à faire.

Pour les autres entreprises, que la phraséologie officielle place maintenant dans la rubrique " propriété publique ", et non plus " propriété d'Etat ", l'Etat souhaite jouer le rôle d'un actionnaire de référence aux côtés de nouveaux actionnaires ou associés.

En vertu de la loi sur les sociétés de 1993, la plupart se transforment en sociétés à responsabilité limitée, mais beaucoup cherchent à devenir sociétés par actions, avec le secret espoir de pouvoir, à travers une cotation sur les Bourses de Shanghai ou Shenzhen obtenir les liquidités que ni l'Etat, ni les banques ne peuvent plus leur apporter à l'heure actuelle. La transformation en société nécessite une valorisation des actifs d'Etat productifs, les actifs " sociaux " n'étant pas transférés à la nouvelle structure. A la valeur brute des actifs sont affectées tout ou partie des dettes de l'ancienne entreprise d'Etat, ce qui donne un actif net correspondant à la valeur des participations de l'Etat dans le capital social. Ce dernier est alors augmenté des apports en numéraire des nouveaux associés ou actionnaires (autres entreprises, employés, ou actionnaires individuels extérieurs), dont l'importance détermine la répartition entre actions d'Etat et autres actions.

Souvent, la volonté de maintien d'une participation d'Etat majoritaire conditionne le degré d'ouverture du capital aux autres associés.

Dans le même temps, la gestion des participations d'Etat dans les sociétés fait l'objet d'une réforme de grande ampleur, à travers la création de holdings publiques, à l'exemple de Shanghai, qui compte déjà 33 holdings. Plusieurs municipalités s'engagent sur cette voie, soit en créant des sociétés de portefeuille *ex nihilo* sous l'impulsion des Bureaux ou Commissions d'Administration des actifs d'Etat, soit en encourageant les sociétés mères de grands groupes à détenir les actions d'Etat dans les entreprises d'un secteur particulier. Cette forme de gestion, qui se rapproche des holdings publiques à l'italienne, vise à améliorer la valeur des actions d'Etat dans les entreprises.

L'Etat actionnaire organise ainsi la possibilité de céder certaines participations, et de restructurer des secteurs entiers de l'économie au travers de fusions ou d'acquisitions. Reste à voir si les holdings, dont les dirigeants sont souvent issus des Bureaux d'administration des actifs d'Etat se révéleront l'outil moderne de gestion et de contrôle dont rêvent les autorités chinoises.

### **L'abandon des petites entreprises**

S'agissant des petites entreprises, enfin, tout est possible : le gouvernement prône l'utilisation d'une nouvelle formule juridique, la société coopérative par actions, à travers laquelle les employés d'une entreprise doivent souscrire par leur épargne personnelle au moins 50 % du capital. Les promoteurs de la réforme insistent sur la motivation nouvelle d'un salarié actionnaire pour redresser son entreprise. En fait, l'apport de liquidités

nouvelles grâce à l'épargne des employés constitue une raison au moins aussi importante que le souci d'intéressement.

En dehors de la forme de société coopérative par actions, les petites entreprises peuvent également être restructurées par des fusions/acquisitions, locations, ventes aux enchères, contrats de gestion déléguée, locations gérances, ventes à des investisseurs étrangers ou mises en faillite. Dans le sud de la Chine, les ventes aux enchères deviennent relativement fréquentes et permettent une réallocation rapide des facteurs de production au profit des acteurs les plus performants, qu'ils soient privés, publics ou étrangers. La formule de liquidation n'est utilisée qu'avec de grandes précautions et suppose en principe la possibilité de reclassement de tous les salariés.

### **Un filet de protection sociale**

Le problème des sureffectifs des entreprises et de l'emploi de la population constitue en effet la plus grosse pierre d'achoppement de cette réforme. Selon différentes études, entre 15 et 30 millions de personnes seraient actuellement en sureffectif dans des entreprises d'Etat et des visites d'entreprises confirmer qu'au moins 20 % des effectifs n'ont pas de postes. Les entreprises et les autorités ont multiplié les structures d'activité correspondant à un traitement social du chômage, faute de possibilité d'emploi. De nombreux salariés restent chez eux en ne touchant plus qu'un salaire de base de subsistance, les préretraites se multiplient. Parfois, lorsque les salaires ou allocations de subsistance ne sont plus payés, des manifestations éclatent.

La réforme des entreprises d'Etat est donc indissociable de la mise en place d'un filet de protection sociale destiné à amortir le choc des restructurations, en même temps qu'à décharger les entreprises du fardeau des actifs sociaux qu'elles détiennent.

Une cotisation chômage correspondant à 1 % de la masse salariale, est perçue pour couvrir les frais de "centres de services de retour à l'emploi", pour financer quelques actions de formation et pour verser des indemnités minimales, qui restent cependant généralement à la charge des entreprises.

En matière de retraite, l'unification nationale des fonds municipaux déjà établis a été décidée. Ces derniers reçoivent les cotisations des entreprises et couvrent tout ou partie des pensions, mais les difficultés d'application restent nombreuses sur le terrain. L'assurance maladie n'est encore qu'au stade expérimental, et la plupart des entreprises continuent de supporter la charge croissante des dépenses de santé, avec des modalités très variées selon les entreprises et une grande inégalité dans la couverture des soins. Enfin, la vente des logements aux salariés à prix préférentiel, ou leur transfert aux municipalités, semblent lancés à grande échelle pour libérer les entreprises des obligations de financement d'un parc de

### **Risques et enjeux de la réforme**

A l'échelle de la Chine, on perçoit aisément que la réforme des entreprises d'Etat est un gigantesque pari, tant elle remet en cause près de 50 ans de fonctionnement du système économique. Les obstacles sont en effet nombreux.

Outre le problème du reclassement et de l'indemnisation des employés en sureffectifs, qui n'est pour le moment traité qu'à travers des expédients, faute de ressources financières, il est vraisemblable que la nouvelle

situation des salariés-actionnaires conduira dans certains cas à des crises, notamment lorsque les salariés doivent investir leur épargne dans des entreprises qui ne sont plus viables.

Par ailleurs, le problème de l'endettement des entreprises reste entier: parfois, seule une partie de la dette à moyen et long terme est transférée de l'ancienne entreprise à la nouvelle société. Les banques conservent dans leurs bilans environ 20 % d'encours qui ne seront sans doute jamais remboursés.

De leur côté, les entreprises ne sont autorisées à provisionner qu'une petite partie des créances irrécouvrables qu'elles détiennent, et les efforts de règlement du problème des dettes inter-entreprises et de transformation de créances en capital sont faibles au regard des enjeux économiques. Un énorme effort de transparence reste à faire.

Enfin, un équilibre reste à trouver pour assurer l'autonomie et le développement des nouvelles entreprises, à l'écart des interventions d'une administration qui a du mal à modifier un comportement interventionniste traditionnel qui va bien au-delà du rôle de l'Etat actionnaire.

Pourtant, un mouvement majeur est lancé, qui pourrait aboutir, à terme, à diversifier les formes de propriété beaucoup plus loin que les autorités chinoises ne veulent le reconnaître. A cet égard, la transformation des

entreprises en sociétés et l'ouverture du capital de ces dernières recèle un puissant effet de levier, puisque l'Etat ne pourra visiblement pas suivre les augmentations de capital et le train des fusions-acquisitions qui s'annonce.

Alors, restructuration du secteur public, dénationalisations partielles ou privatisations ?

En dépit des dénégations des autorités, pour lesquelles la diversification des formes de propriété ne signifie pas privatisation, et malgré les difficultés d'une traduction "politiquement correcte" en chinois de ce dernier terme, on peut raisonnablement penser que les dénationalisations partielles ou totales qui vont se multiplier conduiront dans les années qui viennent à des privatisations, au fur et à mesure que le développement du secteur privé le permettra.

Quant à la participation des entreprises étrangères à ce mouvement, il est vraisemblable qu'elle sera dans un premier temps limitée. Il paraît en effet encore préférable de créer, éventuellement avec un partenaire local, une nouvelle entité juridique bénéficiant d'un apport d'actif pur et simple, plutôt que de reprendre le passif d'une société existante en même temps que son actif. Les prémices d'opérations de défaisance et de restructuration globale des dettes, si elles se confirment, pourraient cependant faciliter le développement des prises de participation étrangères.

Note : On pourra lire avec profit le dossier consacré à la réforme de entreprises d'Etat dans le n° 43 de la revue " Perspectives chinoises " préparé par Jean-François HUCHET.

## 0292 **LE DROIT CHINOIS EST-IL PRÉVISIBLE?**

par **Robert GUILLAUMOND**

*Avocat au barreau de Lyon, Cabinet ADAMAS, Lyon-Pékin*

La question est d'importance, non seulement pour les juristes - pour lesquels la prévisibilité du droit est sa première qualité puisqu'elle seule assure aux relations juridiques la sécurité - mais plus encore pour les entreprises qui commercent avec la Chine ou y investissent, et qui se trouvent périodiquement confrontées aux errements du droit chinois et des administrations chinoises sans toujours savoir quelle attitude adopter.

Prenons, avant d'en juger, la mesure du particularisme du droit chinois des affaires à partir des quatre idées suivantes :

### **A. Les intentions du législateur chinois sont connues**

La Constitution chinoise consacre la primauté du politique, exprimée en l'espèce par le rôle dirigeant du Parti Communiste (P.C.C.) dont les congrès périodiques fixent la ligne.

Le dernier Congrès du P.C.C. (14ème) s'est tenu en 1994 et il a notamment déterminé, dans ses principes, ce que devait être l'économie socialiste de marché.

En exécution de ces décisions, le Comité Permanent de l'Assemblée Populaire Nationale - organe déterminant en matière législative - a fixé pour cinq ans le plan de législation, c'est-à-dire l'inventaire des matières dans lesquelles des lois doivent être adoptées pendant cette période.

Le mandat ainsi donné était clair: devaient être adoptées des lois relatives aux intervenants et activités de marché (sociétés, banques, assurances, garanties, comptabilité, contrat, faillites etc.) à l'organisation du marché (concurrence, consommation, publicité, vente, gestion des biens immobiliers, règlement des différends commerciaux) à la régulation macroéconomique (budget, crédit, fiscalité, énergie, ressources minières, etc.), à l'ouverture des frontières (commerce extérieur, dumping) à la protection sociale (droit du travail, formation professionnelle, assistance et assurance sociale), à la répression des infrastructures économiques.

Ce mandat a, pour l'essentiel, été exécuté, l'Assemblée Populaire Nationale ayant adopté 39 textes de 1993 à 1996, et ayant projet d'en adopter 29 autres en 1997 et 1998.

## **B. Les normes qui sont adoptées seront sans surprise**

L'économie socialiste de marché est un ensemble qui s'efforce de faire cohabiter un Etat unitaire, centralisé, dont les principes constitutifs restent des principes socialistes, avec le développement d'une économie de marché qui exige la libéralisation progressive de la capacité d'entreprendre, l'autonomie croissante de la plupart des entreprises, l'ouverture proportionnée aux investissements étrangers, l'intégration de l'économie chinoise à l'économie mondiale selon les règles de l'Organisation Mondiale du Commerce à laquelle la Chine souhaite adhérer au plus tôt.

Cette volonté de développement d'une économie de marché ouverte nécessite la mise en place des outils habituels de l'économie libérale: le contrat comme instrument de l'échange, la société comme outil de rassemblement des capitaux, un marché dont les règles de fonctionnement doivent tendre vers sa libération, sa transparence, la loyauté des acteurs, des règles d'accompagnement en matière de production, de biens et de services, de travail, de fiscalité, de douane, de commerce

Les recettes juridiques d'une économie de marché ouverte sont bien connues. Ce sont celles qui figurent dans nos codes et malgré les différences de cultures juridiques, dans la plupart des codes des pays développés. Ce sont celles, également, qui figurent dans les accords, traités, et lois types, qui forment et contiennent les règles du jeu du commerce mondial. Ce sont, dès lors, celles qu'adopte la Chine, en les adaptant à la spécificité de sa situation.

## **C. Le droit qui en résulte est un droit pragmatique**

Aucun Etat, aucun législateur, n'a su jusqu'alors, intégrer sans rupture les principes d'organisation d'un Etat socialiste et les règles libérales d'une économie ouverte et, en ce sens, le développement accéléré depuis 15 ans, et sur un très vaste territoire, du droit chinois des affaires constitue une performance unique dans le siècle.

Cependant, en raison même du caractère hétérogène des éléments qui entrent en combinaison, cette combinaison ne réalise qu'une cohabitation, et non l'intégration de ces éléments. Cette cohabitation, elle-même, ne peut vivre sans un immense pragmatisme qui, s'il a ses vertus, offre, en matière juridique, de fortes limites.

Le pragmatisme de ce droit s'exprime à tout instant.

Des textes d'une grande importance sont d'une rare parcimonie, seuls les principes étant posés, l'incertitude s'installant sur une longue période quant au détail et aux modalités d'application.

Des domaines très importants fonctionnent sur un mode expérimental, juridiquement organisé par des textes provisoires (qui durent quelquefois de nombreuses années), des textes "à l'essai", des textes à application géographique variable dont l'application est quelquefois étendue sans autre texte dans le temps, dans l'espace, ou quant à leur objet, au-delà de leurs prévisions.

Quoique l'Etat chinois soit un Etat unitaire et centralisé, 22 provinces, 5 régions autonomes, et quatre grandes municipalités, ont le pouvoir d'édicter des règlements et ne s'en privent pas.

Le droit qui en résulte est un droit dont l'objet même est sa fonctionnalité, dont les principes sont assez simples, mais dont les textes sont mal coordonnés et dont l'incertitude d'ensemble est la caractéristique.

Ce droit flou est typique des situations de transition.

En lui-même, un tel droit n'est pas imprévisible, à la condition, toutefois, qu'une ou plusieurs autorités prédictives en assurent l'interprétation, en comblent les lacunes, en gomment les contradictions, en assurent la cohérence.

Dans un Etat de droit, ces autorités sont l'autorité constitutionnelle et les autorités juridictionnelles.

L'une et l'autre font en Chine défaut.

## **D. L'absence d'autorités juridictionnelles**

La Chine s'est lancée dans un effort législatif et réglementaire

En même temps la Chine a reconstruit de toutes pièces un appareil judiciaire qui, sauf pour ce qui concerne les tribunaux répressifs, avait fait défaut pendant la période de Révolution Culturelle. Aujourd'hui, vingt-neuf instituts d'études judiciaires fonctionnent. Trois mille juridictions jugent un nombre croissant d'affaires (dont plus d'un million d'affaires commerciales). Au sein des juridictions les plus importantes, des juridictions spécialisées ont été créées en matière de propriété intellectuelle. Deux cent mille juges et un nombre à peu près équivalent de procureurs et de fonctionnaires de justice, participent au fonctionnement de ces juridictions devant lesquelles interviennent près de 100.000 avocats.

Des lois récentes sont intervenues pour rénover la législation relative à la magistrature du siège, au parquet, aux avocats, aux institutions d'arbitrage.

Ces textes professionnalisent chacune de ces activités en réglementant l'accès, en contrôlant les connaissances de ceux qui veulent s'y adonner, en leur donnant un statut.

Ces textes organisent, pour les juges et les avocats, un ensemble de droits susceptibles de leur donner une certaine indépendance.

Cette indépendance est cependant faible, les uns et les autres (à de rares exceptions près, chez les avocats) restant en situation de dépendance professionnelle, les juges du fait de leur soumission au système ordinaire de nomination et d'avancement appliqué à toute la fonction publique, les avocats du fait de leurs clients qui sont, majoritairement, des entreprises du domaine public.

Le métier des uns et des autres consiste à participer au règlement des conflits confiés aux tribunaux, en appliquant la loi, sans pouvoir prétendre ni rendre la justice, ni dire le droit.

L'absence d'autorité juridictionnelle n'est pas conjoncturelle.

Elle est liée à la situation constitutive actuelle de l'Etat chinois, dans lequel l'interprétation du droit, la coordination des règles de droit, la cohérence du système juridique relèvent de la seule autorité politique et de ses agents administratifs d'exécution.

Nul ne peut dès lors être étonné de constater dans la vie des affaires l'interventionnisme des administrations de toutes natures et de tous niveaux, et celui, moins

apparent, des dirigeants du Parti, sans qu'il soit permis de penser qu'une telle situation - qui n'est pas celle d'un Etat de droit - puisse changer dans un avenir proche.

### **Que conclure ?**

Le droit chinois n'est guère prévisible, et il est permis de penser qu'il ne le sera pas avant longtemps.

A vrai dire, toutefois, cette légèreté du droit chinois ne présente pas que des inconvénients.

Il est un droit ouvert sur les évolutions économiques nécessaires de la société chinoise; il est, par son pragmatisme, adaptable aux nécessités de ces évolutions.

La sécurité des rapports que ce droit organise passe, dès lors, par d'autres voies que celle de l'analyse juridique stricto sensu.

Dans le meilleur des cas, le droit ne répond qu'à peine de lui-même, et de ce qu'il écrit de manière explicite, et le droit seul, ne peut permettre de préjuger l'attitude des acteurs.

Ainsi, à reprendre un exemple très connu - celui de la propriété intellectuelle - la Chine a signé toutes les conventions internationales, adopté des textes dont le contenu est, pour l'essentiel, irréprochable, institué un double système - administratif et judiciaire - de recours et de sanctions.

Néanmoins, la contrefaçon reste l'un de ces problèmes majeurs du droit des affaires en Chine, qui contribue à retarder son adhésion à l'Organisation Mondiale de Commerce, et qui prive la Chine de l'accès à certaines technologies indispensables à son développement.

Dans un tel contexte, un opérateur ne fera confiance ni au seul droit, ni aux seules institutions qui ont fonction d'en assurer la sanction, et sa protection sera mieux assurée s'il adopte une attitude stratégique et tactique lui donnant la maîtrise matérielle des situations.

Pour autant, le rôle des outils qu'offre le droit ne sera pas ignoré.

Dans nos conceptions occidentales, fruit de situations désormais stabilisées, les techniques contractuelles sont les instruments privilégiés de stabilisation des rapports de forces économiques.

Dans le contexte des rapports avec la Chine, il faut redécouvrir que ces mêmes techniques permettent aussi d'intégrer paisiblement le changement dans la vie des affaires.

Dans les contrats internationaux de longue durée, on sait stabiliser des droits de propriété, un régime fiscal ou douanier, des restrictions potentielles d'opérations d'import-export; on sait en adapter les modalités; on sait en sortir lorsque la situation l'impose ; on sait régler pacifiquement et pratiquement les différends qui en résultent éventuellement.

Dans cette même perspective, la Chine vient de remettre en chantier son droit contractuel, et ce chantier devrait permettre une importante rénovation des différents textes qui organisent le contrat commercial interne, le contrat commercial international, le contrat de transfert et technologie.

Nul ne doute qu'il faille suivre avec la plus grande attention ces travaux et ce qui en résultera.

## **UNE NOUVELLE DONNE: LE RATTACHEMENT DE HONG KONG à LA R. P. C**

par **Robert BIJLOOS**

*Avocat au Barreau de Paris, Cabinet Lefèvre, Pelletier & Associés*

### **La Loi Fondamentale**

Le 1<sup>er</sup> juillet 1997, HONG KONG est rentrée au berceau de la mère patrie, La République Populaire de CHINE (RPC), après presque 156 années de domination britannique.

Tout a commencé en 1982 avec les négociations entre l'Angleterre et la RPC, qui ont abouti à la signature, le 19 décembre 1984, de la " Déclaration Commune sino-britannique sur la question de HONG KONG " (DC).

Cette DC prévoyait un statut spécifique pour HONG KONG comme région administrative spéciale (RAS), avec une grande autonomie, au moins jusqu'en 2047, avec ses libertés et son propre système judiciaire et financier. Deng Xiaoping appelait cela " Une Patrie, Deux Systèmes ".

En 1990, le Congrès Populaire Nationale de la RPC adoptait une sorte de mini-constitution pour la RAS, intitulée: " Loi Fondamentale de la RAS de HONG KONG ", un document assez vague, promettant 50 ans de vie quasiment sans autres changements que quelques retouches.

La Loi Fondamentale est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1997.

Hong Kong a pour la première fois une constitution écrite, comportant 160 articles et 3 annexes.

Les justiciables pourront fonder leurs actions sur les dispositions de cette loi et engager des procédures pour tous les actes qu'ils jugent contraire à cette loi.

Les juridictions saisies sont obligés d'appliquer et d'interpréter les dispositions de cette Loi Fondamentale.

L'article 8, complété par l'article 160, de la Loi Fondamentale stipule que toutes les lois existantes avant le 1<sup>er</sup> juillet 1997 resteront en vigueur, sauf celles que le Comité du Congrès National du Peuple déclare contraires à la Loi Fondamentale.

Le Comité du Congrès National du Peuple a adopté en février de cette année toutes les lois existantes, sauf 24 Ordonnances, considérés comme étant contraires à la Loi Fondamentale. Cette décision montre qu'il n'y a pas eu de rupture de système au 1<sup>er</sup> juillet de cette année.

### **L'Harmonisation**

Une des valeurs du système de "common law" est le concept fondamental de la primauté de la loi.

Les 4 principes de ce concept sont les suivants:

- les lois sont indépendantes du système politique,
- tous sont égaux devant la loi,
- tous sont soumis à la loi et on ne peut être condamné que pour des infractions à la loi,
- l'indépendance des juges.

Le Gouvernement de la RAS est obligé de maintenir ce concept de la primauté de la loi. Le nouveau Chef du Gouvernement, Tung Chee Hwa, l'a confirmé lors de son discours à l'occasion de la cérémonie du transfert.

Quant aux Ordonnances actuellement en vigueur dans la RAS, deux observations sont à faire:

- les textes sont en anglais et chinois et donc accessibles à l'ensemble de populations de la RAS.
- l'harmonisation des Ordonnances avec la Loi Fondamentale est recherchée.

Cette harmonisation fait l'objet de 2 étapes. D'abord en février 1997, lorsque le Comité du Congrès du Peuple a fixé un certain nombre de règles générales pour l'interprétation des Ordonnances, comme par exemple la référence au Gouverneur qui doit être considéré comme étant "le Chef Exécutif".

La deuxième étape de l'adaptation est en cours avec l'introduction d'une série de "bills", sorte de déclarations.

Les procédures devant les Cours et les Tribunaux se déroulent maintenant soit en anglais soit en chinois. Un effort a été fait pour maintenir la qualité et l'indépendance du système judiciaire en cas d'utilisation du chinois comme langue. C'est au juge de décider quelle langue utiliser dans telle ou telle situation procédurale. Toutefois peu importe la langue choisie par le juge, les parties, les témoins et les représentants légaux sont libres d'utiliser une des deux langues officielles, même si leur choix est différent de celui du juge.

L'utilisation du chinois devant les juridictions sera de plus en plus fréquente.

Ainsi les lois ont été rendues accessibles et compréhensibles à la grande majorité de la population de Hong Kong.

### **L'Organisation Judiciaire**

Conformément à l'article 81 de la Loi Fondamentale le système judiciaire est maintenu, à l'exception de Privy Council", qui est remplacé par la "Court of Final Appeal" (CFA).

Le fonctionnement de cette Cour est largement inspiré du fonctionnement du Comité judiciaire du "Privy Council". L'avantage désormais par rapport à la situation passée tient notamment à ce que la Cour se trouve à Hong Kong et non à l'autre bout du monde. à Londres.

La Cour n'a pas le pouvoir de juger les actes d'état, comme la défense ou les affaires étrangères, ce qui place en effet l'Exécutif au-delà de la loi et donc en contradiction avec le principe de la primauté de la loi.

Nul ne sait ce qui peut être considéré comme un acte d'état, ce qui laisse une certaine marge d'interprétation.

Les membres de la Cour ont été nommés par le Chef Exécutif, en accord avec les recommandations d'une commission indépendante, et ces nominations ont été ratifiées par la Législature.

L'Ordonnance concernant la CFA du 3 août 1995, autorise les 4 membres de la Cour à inviter un juge d'une juridiction étrangère à siéger selon la formule "4 plus 1".

La Loi Fondamentale autorise la présence de plus d'un juge étranger pouvant siéger et a donc plus de flexibilité que la formule précitée.

Les Cours et Tribunaux existant avant le transfert, "High Court, District Courts, Magistrate Courts", ont été réinstallés au 1<sup>er</sup> juillet de cette année et les magistrats, en fonction à ce moment-là, confirmés.

Ainsi il n'a pas été nécessaire de recommencer les procédures en cours avant la date du transfert.

Il est évident qu'il y aura de plus en plus un lien étroit entre le système juridique de la RAS et de la RPC.

Le concept "Une Patrie, Deux Systèmes" implique "Une Patrie, Deux Systèmes juridiques".

Ces deux systèmes sont complètement différents. Etant donné les liens économiques et sociaux entre les deux juridictions, il faut forcément créer un lien entre les deux systèmes. Pour cela il est indispensable d'adopter un mécanisme pour l'assistance juridique mutuelle, tandis qu'un échange et une coopération entre les avocats de la RAS et RPC contribueront à une meilleure compréhension des deux systèmes.

### **Le Conseil Législatif**

En janvier 1996 un Comité de Préparation pour HONG KONG a été installé, composé de 150 membres, dont 94 membres de HONG KONG et 56 membres de la RPC.

Ce Comité a décidé, lors de sa deuxième séance plénière le 24 mars 1996, de créer un Conseil Législatif Provisoire (CLP). Le CLP est composé de 60 membres.

Des résidents permanents de nationalité étrangère, peuvent être membre dans la limite de 20 % de sièges, conformément à l'article 67 de la Loi Fondamentale.

Le CLP a commencé son activité après la désignation du premier Chef Exécutif et les élections du 21 décembre 1996.

Les missions du CLP sont les suivantes:

- établir les lois indispensables au bon fonctionnement de la RAS et éventuellement modifier et abroger des lois existantes, conformément aux dispositions de la Loi Fondamentale;
- examiner et approuver les budgets proposés par le Gouvernement;

- approuver les impôts et les dépenses publiques - ,
- entendre le rapport de politique générale présenté par le Chef Exécutif et en débattre ;
- approuver la nomination des magistrats de la “ Court of Final Appeal et High Court ”;
- assurer la participation du Président du CLP à la nomination des 6 membres de HONG KONG siégeant à la Commission spéciale de la Loi Fondamentale du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale de la RPC;
- traiter d'autres affaires importantes avant les élections du Conseil Législatif en 1998.

Après les élections du Conseil Législatif (CL) en mai 1998, la loi électorale ayant été votée fin septembre dernier, les membres du CL pourront déposer individuellement ou collectivement des projets de lois en tous domaines sauf en ce qui concerne les finances publiques, le système politique et le fonctionnement du Gouvernement.

Les lois adoptées par le CL n'entrent en vigueur qu'après avoir été signées et promulguées par le Chef Exécutif. Les lois adoptées doivent être transmises au Comité Permanent de l'Assemblée Populaire Nationale de la RPC pour qu'il en prenne acte. Ce Comité peut consulter la Commission spéciale de la Loi Fondamentale sur la conformité de telles lois avec la Loi Fondamentale et dans le cas où ce Comité considérerait une loi comme étant incompatible avec la Loi Fondamentale il pourra la renvoyer sans la modifier. La loi renvoyée est purement abrogée.

### **Conclusion**

Plus de trois mois se sont écoulés depuis le rattachement de HONG KONG à la RPC. Jusqu'à ce jour le principe de “ Une Patrie, Deux systèmes ” fonctionne bien.

Les éléments clés se présentent ainsi :

- HONG KONG est restée un port franc et une zone douanière séparée ;

- Le système juridique reste fondé sur:

1. l'influence de la jurisprudence d'autres juridictions du système de la “ common law ”.

2. l'indépendance du ministère public.

3. le maintien en vigueur des conventions internationales et de toutes les lois existantes avant la date du transfert, à l'exception de celles contraires à la Loi Fondamentale.

4. l'indépendance des Tribunaux. 5. la primauté de la loi.

6. la confirmation de tous les magistrats en fonction au 30 juin 1997.

- L'utilisation du chinois dans les procédures à côté de l'anglais.

La Commission Internationale Asie

-Groupe Hong Kong

- de l'Ordre des Avocats à la Cour de Paris prépare actuellement une conférence inter barreaux, qui se tiendra à Hong Kong aux alentours du 15 février 1998 et qui s'articulera autour de deux axes principaux

1. l'organisation de la profession d'avocat

2. l'activité économique.



# ORGANISATION JUDICIAIRE

## *LA JUSTICE EN CHINE*

par Pierre BORRA

*Président de Chambre honoraire ~ la Cour d'appel de Paris*

En deux ans, l'organisation et le fonctionnement des juridictions chinoises n'ont pas sensiblement évolué. La description sommaire contenue dans le numéro spécial de la Gazette du Palais de juillet 1995 demeure donc exacte dans ses grandes lignes.

Pendant cette période cependant, les contacts entre magistrats, avocats et juristes chinois et français, qui se sont considérablement développés, permettent d'apporter des nuances à cet aperçu formel.

Il est frappant de constater que, dans le pays qui est celui par excellence de la conciliation et de la médiation, le nombre des litiges soumis aux tribunaux ne cesse d'augmenter. L'essor du contentieux administratif, même s'il peut apparaître encore modeste, est particulièrement significatif d'un changement de mentalité dans un Etat où la toute puissance de l'Administration constitue une tradition immémoriale. Il est facile de relever la distance existant entre la loi et son application, mais l'activité législative intense impose dans tous les domaines la notion de légalité, encore qu'il soit permis à un observateur étranger de distinguer entre légalité et légitimité.

La professionnalisation des juges est en réel progrès malgré le caractère récent du statut des magistrats. A Pékin ou à Shanghai, par exemple, les rencontres entre magistrats chinois et français sont réellement des réunions entre collègues. Le leitmotiv des autorités, ouverture et modernisation, est intériorisé chez nos

interlocuteurs juristes. Ceux-ci s'attachent à étudier notre ordonnancement juridique en prenant l'initiative des coopérations. Les questions qu'ils posent montrent qu'ils cherchent à comprendre non seulement les modalités techniques d'application de nos lois, mais les raisons de nos lois.

Les audiences publiques en matière commerciale ou de petite délinquance auxquelles il est donné d'assister présentent un aspect familial. Mais des différences fondamentales séparent l'organisation d'une juridiction chinoise de celle d'une juridiction occidentale. Le principe de l'indépendance de la justice s'applique en Chine à la juridiction mais non au juge individuellement. Lorsqu'il instruit une affaire, celui-ci peut être dessaisi par le comité des juges (institution qui existe dans toutes les juridictions collégiales) si le cas apparaît particulièrement délicat ou sensible. La finalité de ce système d'évocation n'est pas seulement technique, mais inévitablement politique. Le droit, malgré ses progrès, a un caractère second par rapport à la norme politique.

Néanmoins dans le domaine économique qui, dans la pratique, concerne au premier chef les opérateurs étrangers, un état de droit est en voie de construction. Et il paraît juste d'affirmer que, même limité à ce domaine, le droit est un facteur de changement de la société chinoise.



# **LA NOUVELLE LOI SUR LA PROFESSION D'AVOCAT EN CHINE**

**par Chérifa SARI**

*Avocat au barreau de Paris, cabinet C SARI*

La loi de la République Populaire de Chine sur les avocats adoptée le 15 mai 1996 est entrée en vigueur le 1er janvier 1997. A été abrogé en même temps le " Règlement provisoire de la République Populaire de Chine sur les avocats " adopté le 26 août 1980.

Le nouveau texte comporte des dispositions relatives aux conditions d'exercice de la profession d'avocat, de leurs droits et obligations, de la responsabilité juridique, des structures d'exercice et des associations d'avocats.

## **1 - Les conditions d'exercice de la profession d'avocat**

Pour exercer la profession d'avocat, celui-ci doit être titulaire d'un titre d'avocat et d'une licence d'exercice.

Toute personne peut devenir avocat, soit en passant le concours national pour l'aptitude professionnelle, soit en déposant une demande d'exercice auprès de l'Administration de la justice du Conseil des Affaires d'Etat.

Le candidat au concours national pour l'aptitude professionnelle d'avocat doit justifier d'une formation d'études supérieures en droit de trois ans ou une formation équivalente ou enfin d'une formation supérieure de plus de quatre ans quelle que soit la discipline.

L'Administration de la justice du Conseil des Affaires d'Etat peut accorder le titre d'avocat à toute personne le demandant justifiant d'une formation supérieure de plus de quatre ans, travaillant dans le domaine de la recherche ou de l'enseignement du droit et titulaire d'un titre professionnel équivalent.

Le titre d'avocat ne suffit pas pour exercer, une licence d'exercice est également nécessaire. La demande doit en être faite auprès de l'Administration de la justice. Cette licence est accordée à l'avocat qui a effectué un stage d'un an dans un cabinet d'avocats et qui justifie d'une bonne conduite.

L'exercice de la profession d'avocat n'a aucune limite territoriale, mais il lui est interdit d'exercer dans deux ou plusieurs cabinets.

Les fonctionnaires d'établissement en poste et les membres du comité permanent d'une assemblée populaire en exercice ne peuvent pas exercer la profession d'avocat.

## **2 - Les structures d'exercice**

Il est possible de se regrouper en cabinet. La structure doit réunir les conditions suivantes:

- avoir une dénomination sociale, un domicile et des statuts ;
- avoir un fonds supérieur à Renminbi 100 000 yuans;

- être composé d'avocats conformes à la présente loi. La demande d'établissement d'un cabinet d'avocats est soumise à l'examen et l'approbation de l'Administration de la justice au niveau de la province, de la région autonome, de la municipalité relevant des autorités centrales ou au niveau supérieur. La décision doit être donnée dans un délai de 30 jours à compter de la date du dépôt de la demande.

Il est possible pour les cabinets d'avocats d'ouvrir des succursales à la condition, toutefois, d'en obtenir l'autorisation de l'Administration de la justice. Le cabinet est tenu des dettes de sa ou ses succursales.

La loi prévoit trois types de structures d'exercice :

- le **cabinet d'Etat** dont les fonds appartiennent à l'Etat. Il fonctionne en autonomie et est responsable des dettes à concurrence des fonds dont il dispose ;
- le **cabinet coopératif** est responsable des dettes à concurrence des biens lui appartenant;
- le **cabinet d'associés** dans lequel les associés sont responsables indéfiniment et solidairement des dettes du cabinet.

## **3 - Droits et obligations des avocats en exercice**

L'avocat peut assurer la fonction de conseil juridique, rédiger ou contrôler des projets d'actes juridiques, représenter son client dans les procédures judiciaires, dans la réconciliation ou dans l'arbitrage. Il peut accomplir toutes missions juridiques confiées par son client et assurer la défense de ses intérêts.

Il est interdit à l'avocat et au cabinet d'obtenir des dossiers par des procédés déloyaux tel que le dénigrement ou le paiement d'une prime d'introduction. Il lui est également interdit d'être l'avocat des deux parties à un dossier.

Dans une procédure pénale, l'avocat doit apporter ses preuves et ses conclusions, soit de l'innocence du suspect ou du prévenu, soit de la moindre gravité du cas, des circonstances atténuantes ou du non-lieu. Pour ce faire, l'avocat a le droit, conformément aux dispositions des lois de procédure, acquérir des preuves, consulter des documents concernés, rencontrer ou écrire à son client dont la liberté est restreinte, de se présenter à l'audience et de participer à la procédure.

Le droit du débat et de défense de l'avocat est protégé par la Loi.

Il est interdit à tout avocat :

- de rencontrer de manière illégale le juge, le procureur ou l'arbitre ;

- d'envoyer des invitations et des pots de vins ou d'effectuer la corruption positive au juge, au procureur, à l'arbitre ou à toute personne concernée, ou bien le faire effectuer par son client ;
- de fournir des fausses preuves, dissimuler les faits ou le faire par un tiers au moyen de menaces ou de tentations d'intérêt, ainsi que de faire obstacle aux efforts de l'autre partie d'acquérir des preuves;
- de porter atteinte à l'ordre de l'audience judiciaire ou arbitrale, ou faire obstacle au bon déroulement de la procédure;
- d'agir dans son intérêt personnel au détriment des intérêts de son client ou d'accepter des biens offerts par la partie adverse.

#### **4 - Les associations d'avocats**

Les associations d'avocats sont des personnes morales. Il s'agit d'associations sociales et d'organisations autodisciplinaires.

Il existe une Association Nationale des Avocats Chinois au niveau national et une association locale des avocats dans chaque province, région autonome et municipalité relevant des autorités centrales, ainsi que dans certaines municipalités ayant arrondissements comme circonscription.

Les statuts des associations d'avocats sont établis par les représentants d'avocats et déposés au département de l'Administration de la justice du Conseil des Affaires d'Etat.

Tout avocat doit s'inscrire à l'association locale des avocats de son lieu d'exercice. Il est membre de droit de l'Association Nationale des Avocats Chinois.

Les associations d'avocats ont pour mission de :

- sauvegarder le droit des avocats d'exercer librement dans le cadre de la loi;
- défendre leurs intérêts légitimes
- assurer la recherche et les échanges d'expérience pratiques ;
- assurer l'éducation, le contrôle et la surveillance de la déontologie et de la discipline professionnelles;
- organiser les avocats à effectuer des échanges internationaux ;

- assurer le rôle d'arbitre dans les différends entre avocats.

#### **5 - L'assistance juridique**

La loi donne la possibilité à toute personne n'ayant pas les moyens de payer les honoraires d'un avocat d'avoir accès à l'assistance juridique. Les modalités pratiques de l'assistance juridique seront établies par l'Administration de la justice du Conseil des Affaires d'Etat.

#### **6 - La responsabilité juridique**

C'est l'Administration de la justice du gouvernement de la province, de la région autonome, de la municipalité relevant des autorités centrales ou de municipalité ayant arrondissement comme circonscription qui exerce un contrôle disciplinaire sur tout avocat qui enfreint la loi.

Les sanctions possibles sont, selon la gravité de la faute - la révocation du permis d'exercice

- la cession de l'activité illégale;
- la confiscation du revenu illégal;
- le paiement d'une amende allant de 5 000 yuan à 500 % du revenu illégal;
- la suspension de l'activité ou la révocation du permis d'exercice ;
- une peine d'emprisonnement de moins de 15 jours.

Un recours en révision est possible à l'encontre de la décision de l'Administration de justice. Ce recours doit être déposé dans le délai de 15 jours à compter de la sanction. Si la décision de révision ne convient pas, l'avocat ou le cabinet d'avocat peut saisir le tribunal populaire dans un délai de 15 jours à compter de la décision de révision. Il est possible de saisir directement le tribunal populaire sans passer par le recours en révision.

Cette nouvelle loi reflète la volonté du gouvernement chinois d'organiser la profession d'avocat qui ne cesse de croître : 90 000 avocats en 1996 contre 41 000 en 1990 et certainement autour de 150 000 en l'an 2 000. Si l'on peut se réjouir de son existence, il faut toutefois émettre des réserves quant à son interprétation et à son application dans les faits.



# DROIT PÉNAL

## **LA REFORME DU DROIT PENAL ET DE LA PROCEDURE PENALE**

par Anne SEVERIN

*Avocat au Barreau de Paris, Cabinet DS MEYER & Associés, Paris-Pékin*

C'est le 1<sup>er</sup> octobre 1997 qu'est entrée en vigueur la Nouvelle Loi Pénale chinoise, mais elle n'est qu'une étape d'une réforme continue du droit pénal, qui depuis 1979 cherche à appréhender la nouvelle réalité sociale chinoise.

Ces dix-huit années ont vu le foisonnement de décisions, avis, règlements complémentaires, pris tour à tour par le Comité Permanent de l'Assemblée Populaire Nationale et la Cour Populaire Suprême, régissant certains pans autonomes du droit pénal. De manière plus discrète, le droit pénal s'est introduit également dans les textes de droit civil et de droit administratif.

La réforme du droit pénal est donc un travail de synthèse de ces textes, qui s'inscrit aussi dans le cadre d'une réforme plus générale de l'organisation judiciaire et des rapports du justiciable avec la justice et l'Administration, notamment au travers de la réforme de la procédure pénale.

### **1 - Des garanties croissantes pour le justiciable en Chine ? *la réforme de la procédure pénale***

Le Code de procédure pénal qui date du 1<sup>er</sup> juillet 1979 a été révisé le 17 mars 1996. Il élargit de manière significative les droits de la défense.

Il pose pour la première fois le principe de la présomption d'innocence et donne à l'avocat de nouveaux moyens pour sa protection.

Sous l'ancienne Loi, un prévenu ne pouvait pas recourir aux services d'un avocat avant la date à laquelle il était informé de l'audience judiciaire c'est-à-dire sept jours avant l'audience, alors que le Procureur chargé de l'accusation pouvait profiter de toute la durée de l'enquête pour préparer l'accusation.

Désormais, il pourra être assisté d'un avocat au moment où le Bureau de la Sécurité Publique transfère son dossier au Procureur, après le premier interrogatoire. Celui-ci pourra demander une remise en liberté du suspect, lire et prendre copie des documents préparés par les organes de la Sécurité Publique *ou* par le Procureur.

Cependant l'avocat n'a pas accès au procès-verbal constatant le premier examen des faits par la juridiction qui mentionne l'infraction visée et la peine requise. Ce document est cependant très important car il conditionne généralement la décision future qui n'aura donc été déterminée que sur la base de l'accusation. L'avocat peut mener une enquête indépendante et demander *au* Procureur ou à la Cour de saisir des preuves.

Il peut également rencontrer ses clients qui sont arrêtés et communiquer avec eux en personne ou par écrit, et peut, enfin, les défendre à l'audience.

Cependant, s'il peut rencontrer son client même détenu, l'avocat ne peut pas voir son dossier jusqu'à son transfert au Procureur public.

Si un détenu n'obtient pas sa remise en liberté, il peut être également limité dans ses droits dans la suite de la procédure, ce qui remet en cause l'opportunité réelle d'une remise en liberté.

La Loi sur les Avocats leur a également conféré de nouvelles compétences en matière de preuve, et a supprimé leur statut de "travailleurs juridiques d'Etat" au profit de celui de "juristes professionnels".

Aujourd'hui, cependant, ils sont présents dans un peu moins de la moitié des affaires pénales alors qu'ils le sont dans la plupart des affaires économiques.

L'organisation judiciaire et pénitentiaire a été également profondément réformée, au moins dans les textes, en 1994 et 1995.

La loi sur les prisons de décembre 1994 s'attache par exemple au respect de la personnalité, des droits de propriété, et droits de correspondance et de réunion familiale des prisonniers et prévoit que ceux-ci peuvent recouvrer leur liberté pour bonne conduite.

L'indépendance est également un thème récurrent de la réforme du statut des juges, des procureurs et du personnel de la police, intervenue en février 1995. Les juges n'ont pas le droit d'occuper des fonctions dans l'administration ou d'être avocats.

La loi sur la Police prévoit que les suspects ne peuvent pas être, détenus plus de 24 heures jusqu'à leur déferrement à la Sécurité Publique, exceptionnellement 48 heures, avec l'approbation des autorités de la Sécurité Publique au niveau provincial, obtenue sur demande motivée incluant l'interrogatoire complémentaire souhaité par la Police. Si la détention est prolongée, la famille ou l'unité de travail doit être informée immédiatement.

### ***la continuité de ces principes dans la loipénale***

Les droits de la défense sont également renforcés au fond par l'adoption de principes nouveaux par la *loi* pénale: l'abolition de la doctrine de l'analogie qui permettait de sanctionner des faits par analogie avec une infraction incriminée dans le code pénal et le principe de la légalité des peines et des infractions.

Plusieurs principes "implicites" sont désormais clairement exprimés tels le principe d'égalité devant la Loi ou le principe de proportionnalité entre le délit et sa sanction.

La réforme de la loi pénale est aussi l'occasion de redéfinir certains concepts, le moindre n'étant pas l'abandon de la notion de crime contre-révolutionnaire remplacée par celle plus neutre de crimes mettant en danger la sécurité d'Etat. Cette catégorie inclut notamment la sécession, l'incitation à la sécession, la rébellion ou l'émeute armées, la trahison, l'espionnage, la divulgation de secrets d'Etat. Ces infractions visent cependant les mêmes faits que la loi précédente, et sont sanctionnés de la même façon (à l'exception de la subversion qui n'est plus sanctionnée par la peine capitale). La modification de terminologie n'est donc pas garante d'un meilleur respect des droits du justiciable.

Au-delà des principes, de manière peut-être plus concrète, les droits du citoyen sont renforcés contre l'arbitraire de l'administration. La loi sur les sanctions administratives du 17 mars 1996 qui vise notamment les amendes, les confiscations de revenus et la détention administrative prévoit qu'une sanction qui a été prise sans base légale, ou sans respect des procédures est invalide et que le sujet doit être informé des circonstances de la décision avant que la sanction administrative soit prise. Il a également le droit de s'exprimer et de se défendre et doit être entendu par l'administration.

Enfin est en préparation une loi sur le travail législatif qui prévoit la création de comités auprès de qui les citoyens pourraient requérir l'invalidation ou la modification des lois en contradiction avec des normes supérieures.

Ces textes témoignent dans leurs lettres d'une réelle préoccupation des autorités de sécuriser les droits des justiciables.

Mais il est cependant remarquable que si ces recours étaient poursuivis à leur terme, ils pourraient remettre en cause la constitutionnalité de certaines dispositions de la Loi pénale, en matière de libertés fondamentales notamment ...

De la même façon, le droit n'est une garantie dans la mesure seulement où il est rigoureux dans ses qualifications. Or les difficultés rencontrées par le rédacteur du droit pénal économique chinois sont manifestes à cet égard.

## **2 - La répression de la criminalité économique**

### ***la découverte de nouveaux délits avec l'économie de marché***

Le Code pénal incrimine désormais 82 infractions économiques contre 15 en 1979, qui sont plus durement sanctionnées, avec un recours presque systématique à l'amende.

Elles sont le résultat de la synthèse d'un peu moins de vingt ans de travail législatif qui a vu l'Assemblée Populaire Nationale sanctionner au coup par coup les délits de contrebande, de concussion, de corruption, de fraude et d'évasions fiscales, ou encore de contrefaçon de marque déposée, de fabrication et de vente de produits de mauvaise qualité.

Les fraudes économiques se diversifient et visent désormais les agissements suivants

- la production et la vente de produits faux ou contrefaits
- la fraude douanière
- les faits portant atteinte à l'ordre administratif des sociétés et entreprises
- les faits troublant l'ordre administratif financier
- la fraude financière
- la fraude fiscale

- les violations des droits de propriété intellectuelle
- les faits troublant l'ordre du marché.

En 1980, les infractions économiques étaient rares du fait même de la structure planifiée de l'économie. La notion de spéculation a par exemple été supprimée bien qu'elle ait servi longtemps pour la qualification pénale des activités de fabrication ou de vente de produits de mauvaise qualité.

Les faux produits pharmaceutiques ont été aussi qualifiés temporairement de délit d'atteinte à la sécurité publique par la Cour Populaire Suprême et le Parquet Populaire Suprême.

Ce long travail de qualification a été entrepris non seulement par les organes législatifs traditionnels mais également par les instances judiciaires. La Cour Suprême a pris par exemple une directive sanctionnant les violations de la loi sur les sociétés en 1995.

Cette intervention du judiciaire dans le travail législatif pourrait être bénéfique à terme quant à l'exécution des décisions judiciaires, mais aujourd'hui la Cour Suprême n'a pas de compétence juridictionnelle qui puisse viser les cas quotidiens et aboutir à leur exécution sur le terrain.

Par ailleurs de nouvelles infractions voient le jour: dans le domaine financier par exemple, la propagation de fausses informations, et le délit d'initié.

### ***des réponses dictées par les abus de l'économie de marché***

La chasse à la corruption a impliqué l'autonomie de sa qualification et son extraction du chapitre général visant la répression du "manquement au devoir" des fonctionnaires.

Le délit d'abus de pouvoir est en effet le délit économique le plus fréquent. Mais il reste soumis à "un régime privilégié". La sanction du détournement de fonds publics ne dépassant pas 10 000 RMB peut être

réduite voire abandonnée si les fonds sont rendus. Cette porte de sortie n'existe pas en droit pénal général en cas de fraude ou de vol.

La responsabilité des entités économiques, ayant la personnalité morale ou non, est consacrée notamment dans le domaine des infractions financières: falsification de chèques, infractions à la réglementation des sociétés (comme l'émission d'actions sans approbation par exemple). L'entité est condamnée à une amende, et les personnes physiques sont responsables au titre de leurs fonctions solidairement avec les autres responsables de fait, le cas échéant.

Cette répression est une forme de sanction de la responsabilité collective, les "unités de travail" étant de fait très souvent impliquées dans les infractions économiques.

Ce nouveau droit pénal témoigne d'un réel effort d'appréhension des excès du développement économique mais certains éléments de qualifications propres à préciser l'incrimination semblent déroutants. Ainsi en est-il du lien constant rappelé entre les montants en cause ou du préjudice causé et la peine appliquée. Si dans certains domaines ces critères peuvent être objectivement utiles, en matière fiscale notamment, il ne faudrait pas qu'ils constituent des critères déterminants de la décision judiciaire.

Plus déroutantes encore sont les "circonstances" dont la gravité doit déterminer la sanction. Ces circonstances sont entièrement livrées à la discrétion de l'appréciation du juge.

C'est donc encore en aval que le travail le plus important doit être fourni: formation et indépendance des

# DROIT CIVIL

## LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT CIVIL CHINOIS: LES GRANDES LIGNES DU DROIT DES CONTRATS

par **Jean-Luc MATHON**  
*Avocat au Barreau de PARIS*

et **ZHANG Yong Fan**  
*Maître de Conférence à l'Université du Peuple de PEKIN*

### I. - Introduction

Les principes généraux du droit des contrats de la République Populaire de CHINE sont régis par la loi sur le contrat économique du 31 décembre 1981 - amendée par la loi du 2 septembre 1993 - la loi relative aux principes généraux du droit civil du 12 avril 1986 et la loi sur les contrats économiques avec l'étranger du 21 mars 1985.

Aux cotés de ces lois d'état votées par l'Assemblée Populaire Nationale, la doctrine chinoise classe parmi les sources du droit des obligations, les règlements administratifs du Conseil des Affaires d'Etat et les interprétations de la Cour Suprême.

Dans un avis publié le 26 janvier 1988, la Cour Suprême a donné une interprétation de référence concernant l'application des principes généraux du droit civil tels qu'ils résultent des textes susvisés.

### II. - Les principes généraux du droit des obligations contractuelles

La loi du 12 avril 1986 distingue cinq principes fondamentaux :

1/ Les parties, personnes naturelles ou personnes morales, doivent avoir la capacité juridique. Cela signifie notamment pour les personnes morales d'être enregistrées auprès des autorités administratives.

2/ Les conventions doivent respecter le principe de légalité c'est-à-dire être conformes aux lois et règlements et ne pas porter atteinte à l'intérêt du peuple.

3/ Le principe d'égalité entre les parties requiert pour sa part un profit mutuel. Sur ce fondement, une convention peut être annulée en cas de déséquilibre flagrant entre les obligations réciproques des parties. Nul organe ne peut intervenir dans la formation du contrat. Nul ne peut imposer sa volonté à autrui en violant son consentement.

Le respect de ces trois principes est essentiel à la validité du contrat.

4/Le principe de l'autonomie de la volonté est consacré par la loi. Suivant l'interprétation de la Cour Suprême, ce principe autorise la liberté de choisir la loi applicable dans les contrats internationaux.

5/ Le principe de l'exécution complète et correcte du contrat implique notamment qu'une partie ne peut le modifier unilatéralement. Il signifie aussi que le contrat doit être exécuté de bonne foi.

### III. - Formation du contrat

Suivant le principe général du consensualisme le contrat est formé quand les parties sont arrivées à un accord sur les clauses essentielles.

Toutefois, en matière de contrats internationaux, le contrat ne sera définitivement formé dans certaines matières réglementées -telles le contrat de coentreprises ou de prospection naturelle sur le territoire nationale - ou lorsque le montant du contrat dépasse certains seuils qu'après agrément des autorités de tutelle. En pratique, les contrats de droit interne d'une importance certaine seront soumis à l'administration.

La loi de 1993 a précisé que les contrats doivent faire l'objet d'un écrit à l'exception des contrats à exécution immédiate.

Les clauses principales qui doivent figurer dans le contrat sont celles qui sont relatives :

- à l'objet des obligations des parties;
- aux qualités, quantités, prix et honoraires;
- à la période, la durée, le lieu et aux modalités d'exécution ;
- aux conséquences de la rupture ou de l'inexécution
- aux lois et règlements qui sont automatiquement applicables en fonction des caractéristiques du contrat ou en vertu de la volonté des parties. Il en est ainsi des clauses de confidentialité en matière de transfert de technologie ou de savoir-faire.

Les lois régissant le droit des contrats ne mentionnent pas quelles sont les conséquences de l'absence dans la convention d'une des clauses dites principales.

#### IV. - La modification et la résiliation du contrat

Le contrat peut être modifié ou rompu dans trois situations :

1/ Les parties arrivent à un accord pour modifier ou résilier la convention sans dommage pour l'intérêt public.

2/ La force majeure, définie comme l'événement que l'on ne peut prévoir.

Dans ces deux cas, la partie qui souhaite malgré tout poursuivre le contrat peut substituer à la partie défaillante une autre partie avec signification de cette substitution à la partie défaillante.

Y Une partie n'exécute pas ses obligations dans la durée contractuelle.

Si le contrat a été approuvé par l'autorité de tutelle, la modification doit également être ratifiée par l'administration. La fin du contrat approuvé par l'administration doit être notifiée à l'administration.

Les clauses prévoyant la résolution automatique du contrat en cas d'inexécution, qui ne font l'objet d'aucune disposition législative ou réglementaire particulière, sont utilisées dans la pratique. Lorsque les conditions contractuelles sont réunies pour sa mise en oeuvre, le juge doit la déclarer acquise sauf effets contraires à l'un ou l'autre des principes généraux du droit des contrats. '

#### V. - Responsabilité contractuelle

Au titre de la modification ou de la résiliation fautive du contrat, la partie lésée peut demander la réparation de son préjudice.

1/ Principes de la réparation du préjudice

Le responsable doit réparer les dommages subis par l'autre partie mais la réparation ne doit pas être plus élevée que le montant des dommages prévisibles lors de la conclusion du contrat.

Si les deux parties n'exécutent pas leurs obligations, elles sont responsables respectivement du préjudice causé à l'autre partie.

Si une partie au contrat souffre de dommages causés par l'autre partie, cette dernière doit prendre, s'il y a lieu, des mesures contre l'aggravation de son préjudice sous peine de ne pouvoir obtenir entière réparation.

2/ Dommages et intérêts

Les parties peuvent prévoir les modalités d'évaluation des dommages pouvant survenir et préciser dans le contrat quel sera le montant de la pénalité due par la partie défaillante. La nature de la pénalité est considérée comme la réparation des dommages.

La loi de 1993 a prévu qu'en cas de pénalité contractuelle manifestement plus élevée ou moins élevée que le préjudice réel, les parties peuvent demander au Tribunal ou à l'arbitre de réduire ou d'augmenter la pénalité. Le juge peut se prononcer d'office.

En effet, sur le double fondement du principe constitutionnel selon lequel le juge prend les faits comme base et la loi comme critère et du principe de légalité, les juges peuvent se prononcer d'office sur des points non soulevés par les parties ou n'ayant fait l'objet d'aucune demande par les parties.

La tendance actuelle des juges est de limiter leur pouvoir d'intervention.

3/ Exception d'inexécution

Outre le principe qu'une partie peut se dispenser d'exécuter son obligation en cas de défaut de son cocontractant, il est intéressant de signaler que dans l'hypothèse où une partie justifie de la preuve de ce que l'autre ne peut exécuter son obligation, la première peut notifier immédiatement à la seconde qu'elle n'exécutera pas corrélativement son propre engagement.

Si la partie défaillante fournit une garantie suffisante, l'autre partie doit exécuter son obligation.

#### VI. - Nullité du contrat

Les causes de nullité édictées par la loi sont les suivantes:

- Incapacité d'une des parties;
- Clauses contraires aux lois et règlements et à la planification économique;
- Clauses contraires à l'intérêt public, à l'Etat ou à l'intérêt des tiers ;
- Objet hors commerce; il s'agit des marchandises et services dont le commerce est interdit par les lois et règlements ou les directives gouvernementales;
- Vices du consentement;
- Mandat irrégulier.

La loi chinoise développe de façon minutieuse les différents cas de nullité en matière de mandat, à savoir:

- absence de pouvoir de représentation du mandataire, ou mandataire ayant agi en dehors de son mandat et sans ratification par le mandant après la signature du contrat ;
- contrat conclu par le mandataire en son nom personnel et au nom du mandant;
- mandataire ayant conclu avec une personne dont il est également le mandataire ;
- mandataire ayant conclu un contrat provoquant un dommage pour cause de manœuvres trompeuses;
- contrat comportant un malentendu manifestement injuste pour l'une des parties.

#### VII. - Conséquences de l'annulation du contrat

Le contrat est anéanti depuis l'origine ce qui implique que les parties doivent être remises dans la situation antérieure au contrat.

En cas d'annulation partielle, les obligations non annulées doivent être exécutées.

La partie qui est responsable de l'annulation du contrat pour cause de faute intentionnelle doit réparer les éventuels dommages subis par le cocontractant.

Si les parties ont conclu un contrat causant un préjudice à l'Etat ou à l'intérêt public, chaque partie coupable d'une faute intentionnelle peut faire l'objet d'une saisie par l'Etat, sans indemnité, des biens objet du contrat indépendamment d'éventuelles sanctions pénales en cas d'infractions économiques.

\*  
\* \*

Après avoir fait table rase de tout système de règles de droit autonome pendant près de trente années, la République Populaire de Chine a bâti, en un temps record, une oeuvre législative remarquable de synthèse entre les lois et la jurisprudence appartenant à divers ordres juridiques modernes et une expérience originale découlant d'une longue pratique d'échanges et d'accords consensuels fondés sur des principes moraux issus d'une riche tradition philosophique.

Cette oeuvre devrait trouver en raison de la codification du droit civil, en cours d'élaboration, et d'un projet de modification, du droit des contrats en cours de discussion, un degré supérieur de précision et de concision que l'urgence d'accompagner sur le plan juridique les développements économiques des vingt dernières années n'avait pu permettre au législateur chinois d'atteindre.

# DROIT ÉCONOMIQUE AVEC L'ÉTRANGER

## IMPLANTATION DES ENTREPRISES ÉTRANGÈRES

### *LE POINT DE VUE D'UN INVESTISSEUR FRANÇAIS EN CHINE DEPUIS DIX ANS*

par Francis TESTA

*Président Directeur Général GROUPE TESTA*

Depuis 10 ans notre action se situe au niveau du terrain.

En effet, pour les PMI/PME françaises, on pense parfois que la CHINE c'est loin, c'est compliqué et que c'est hors de portée des petites et moyennes entreprises.

Nous pensons au contraire, qu'il y a de très larges possibilités à condition de respecter quelques grands principes :

#### *1) Etudier complètement les possibilités du marché.*

Le Chef d'entreprise doit valider les points essentiels de sa stratégie d'entreprise :

Le PRODUIT: Est-il adapté pour la CHINE?

Le MARCHÉ: Existe-t'il en CHINE?

La TECHNOLOGIE: Peut-on la transférer?

Pour le GROUPE TESTA, deux points forts sur le marché chinois:

- **IRRIFRANCE** : leader mondial des systèmes d'irrigation (potentialité immédiate)
- **TESTA RECYCLAGE PLASTIQUES**: parmi les leaders européens du recyclage des matières plastiques (potentialité à moyen terme).

#### *2) Passer à l'action le plus vite possible.*

Il faut se déplacer dans le pays, rencontrer des partenaires potentiels et proposer vos produits, vos prix, vos technologies. Les réactions chinoises, au premier contact, sont en général assez rapides.

#### *3) Bien comprendre la culture chinoise.*

Le plus vite possible installer un point d'appui à Pékin ou à Shanghai. Le GROUPE TESTA a aujourd'hui un Bureau de Représentation à Pékin (GROUPE TESTA CHINA). Mais depuis 1986, nous travaillons avec des VSNE et des sociétés de services chinoises. Il faut du temps pour conclure même si l'approche est facile au début.

#### *4) Le partenariat en Chine.*

Aujourd'hui encore la grande majorité des partenaires chinois sont des structures publiques. Il faut d'abord bien les connaître et reconnaître leur organisation, les hommes qui décident, leurs besoins, leurs moyens. C'est seulement après que l'on envisage le JV.

Le joint-venture est nécessaire. Il est souvent la seule solution pour maintenir le partenariat sur le long terme.

Notre expérience est qu'il faut prendre son temps pour la négociation. *Le JV n'est pas le début, c'est l'aboutissement.* Dans le cas des systèmes d'irrigation de notre filiale IRRIFRANCE, nous préparons trois sociétés en Chine. Elles sont sur des marchés différents (Provinces différentes) sur des produits différents (systèmes d'irrigation), avec des partenaires publics différents (Ministère de l'Agriculture, Ressources en Eau, Industries Légères).

#### *5) Être présent dans le pays le plus vite possible.*

Il faut aller en Chine, on ne peut pas traiter de la Chine si on n'a pas des gens sur place, bien les connaître, bien connaître ce pays, bien connaître ces hommes, la langue. (Mon fils est installé en Chine avec sa famille.)

Il faut aller au fond des choses. Donc connaissance du pays, connaissance des hommes et des femmes. *Un élément pratique:* l'interprète, sachez que c'est un des éléments fondamentaux. Si on n'a pas la confiance complète dans l'interprète on ne peut pas aller en Chine (on ne vous dit pas quand un interprète continue à traduire sans comprendre ce qu'il traduit, cela arrive quelquefois et là on ne sait plus quoi faire)

En conclusion, s'implanter en Chine, le plus vite possible, développer ses produits, ses marchés. Ce que nous avons fait depuis 15 ans, m'incite à vous dire qu'il faut continuer les négociations avec patience et

persévérance. *Rien n'est jamais terminé, tout est à remettre en cause presque continuellement* Mais c'est en ayant compris ces principes que l'on pourra être efficace.

Les affaires en Chine sont comme de longs voyages que l'on ne termine jamais. Il faut pourtant les commencer: " un long voyage commence par un premier pas " (proverbe chinois).

La taille du marché mérite que l'on investisse du temps et de l'argent pour des perspectives durables de développement harmonieux. C'est difficile et passionnant.

## **FORMES D'IMPLANTATION, SECTEURS D'ACTIVITÉS ET CONTRÔLE DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER**

**par Hubert BAZIN**

*Avocat au Barreau de Paris~ Cabinet Gide Loyrette Nouel, Paris-Pékin*

Après près de vingt ans de politique d'ouverture, le Paysage économique chinois s'est considérablement modifié, en particulier sous l'effet de l'investissement étranger.

La politique favorisant l'investissement étranger ne s'est jamais démentie, et à chaque période de baisse de confiance à l'égard de la Chine, les autorités ont su mettre en place de nouvelles incitations fiscales, ou faire évoluer la réglementation pour répondre aux souhaits des sociétés étrangères.

La réussite de cette politique est matérialisée par les flux réguliers de capitaux vers la Chine, qui financent des projets de plus en plus importants.

Cependant, tout projet d'investissement reste soumis à un strict régime d'approbation administrative, et les autorités nationales cherchent de plus en plus à réguler le flux d'investissement des zones côtières vers les régions intérieures, et des secteurs économiques les plus rentables vers ceux qui ont besoin des technologies et des fonds étrangers. Un double mouvement de diversification et de sélectivité traduit la politique la plus récente des autorités à l'égard des investisseurs étrangers, puisque les formes d'implantation possibles se sont diversifiées, alors que les autorités devenaient sélectives dans l'accueil et les modalités des investissements.

### **I. – La diversité des formes d'implantation**

Les entreprises étrangères désireuses de s'implanter sur le marché chinois disposent maintenant d'une panoplie de solutions plus ouverte que celle qui existait dans les années 80. Sept formes principales d'implantation sont actuellement disponibles.

**Le bureau de représentation** correspond à une forme d'implantation souple, par laquelle l'entreprise étrangère installe dans une ville une structure légère destinée à assurer le suivi de ses contacts et la prospection du marché. Un bureau de représentation ne peut cependant servir de cadre à une activité de commerce direct, et ne peut donc ni stocker des produits ni facturer ses clients.

**La société à capitaux mixtes ou "equity joint venture"**, forme "reine" de l'investissement étranger, la plus réglementée, constitue également la forme de joint venture la plus utilisée actuellement, surtout dans le secteur industriel. La valorisation des apports des deux parties (en nature ou en numéraire) décide d'une clé de répartition du capital social qui détermine elle-même la répartition des bénéfices et des pouvoirs.

La société à capitaux mixtes se rapproche de la société à responsabilité limitée mise en place par la loi sur les sociétés applicable depuis 1994.

**L'entreprise mixte contractuelle ou "cooperative joint venture"** est une forme plus souple que la société à capitaux mixtes, créée par la loi du 13 avril 1988: les dispositions du contrat, et non la clé de répartition du capital, déterminent les modalités de gestion, la répartition du pouvoir et la distribution des bénéfices. Souvent utilisée dans le secteur des services, la possibilité pour un investisseur étranger de récupérer préférentiellement son investissement en contrepartie du retour gratuit des immobilisations à la partie chinoise à la fin du contrat en fait également un instrument utile dans les projets d'infrastructures. Cependant, les dispositions du règlement d'application du 4 septembre 1995 sont venues réduire en partie l'originalité des entreprises mixtes contractuelles par rapport aux sociétés à capitaux mixtes.

**La société à capitaux 100 % étrangers ou "wholly owned foreign enterprise"** est une forme sociale créée, par la loi du 12 avril 1986 fonctionnant sur le même mode que la société à capitaux mixtes, mais en l'absence d'un partenaire chinois. Elle se développe aujourd'hui rapidement, à l'initiative d'entreprises étrangères qui connaissent suffisamment le marché chinois pour se passer d'un partenaire dont elles craignent qu'il restreigne leur liberté de gestion. Légalement, une société à capitaux 100 % étrangers doit soit exporter au moins 50 % de sa production, soit être reconnue comme utilisant une technologie avancée, ce qui réduit sensiblement ses possibilités de création dans le secteur des services. Sur le terrain, la pratique est souvent plus souple.

La succursale d'une société étrangère est une forme d'implantation prévue par la loi sur les sociétés, mais extrêmement rarement autorisée en pratique. S'y rattachent quelques centres d'assistance technique mis en place par des multinationales. En revanche, les succursales d'entreprises à investissement étranger permettent à des sociétés à capitaux mixtes ou sociétés à capitaux 100 % étrangers de développer sans trop de contraintes leurs activités sur plusieurs points du territoire chinois.

**La société par actions à investissement étranger** correspond à l'adaptation à la société à capitaux mixtes de la société par actions, elle-même réglementée par la loi sur les sociétés.

. Un capital social minimum de 30 millions de Rmb est exigé. La plus grande facilité de transmission des actions a pour contrepartie une lourdeur de fonctionnement plus importante de la société (assemblée d'actionnaires, conseil d'administration, conseil de surveillance, etc.).

**La holding** a été réglementée par la Circulaire du 4 août 1995 pour aider certains grands groupes étrangers à coordonner leurs investissements en Chine. Avec un capital d'au moins 30 millions de USD, la création d'une holding est conditionnée soit par un investissement de 10 millions de USD et trois projets en vue pour des groupes détenant au moins 400 millions de USD d'actifs, soit par la libération effective de 30 millions de USD et l'établissement passé d'au moins dix entreprises.

En dehors des sept formes d'implantation qui viennent d'être sommairement présentées, la pratique actuelle se développe également dans deux directions: d'une part, certains groupes étrangers sont tentés d'acquérir des entreprises à investissement étranger déjà existantes; un récent règlement publié le 28 avril 1997 fixe de manière détaillée les conditions fiscales de ces acquisitions, qui permettent au cessionnaire d'éviter la procédure d'établissement de l'entreprise tout en procurant au cédant une plus-value éventuelle. D'autre part, quelques investisseurs étrangers commencent à envisager des prises de participation minoritaire dans des entreprises chinoises; tant que la participation étrangère n'atteint pas 25 % du capital, la société n'est pas transformée en entreprise à investissement étranger. Les exemples de prises de participation sont actuellement liés à des secteurs stratégiques peu ouverts à l'investissement étranger, comme l'automobile ou l'assurance (prise de participation de Ford dans le capital de Jiangling Motors, ou d'Isuzu et Itochu dans celui de Beijing Light Bus). Il est vraisemblable qu'ils se multiplieront à l'avenir dans la dynamique de restructuration et d'ouverture du capital des entreprises d'Etat.

Cependant, l'ouverture croissante des modalités d'implantation sur le marché chinois, dont la prochaine étape pourrait être la possibilité de distribuer directement des produits importés, est indissociable de la volonté des autorités de contrôler les mouvements d'implantations étrangères.

## II. - Le contrôle des implantations

Le contrôle des implantations d'entreprises étrangères en Chine s'effectue tant a priori à travers le régime d'approbation administrative, qu'a posteriori par le contrôle de l'activité de la société établie.

### *A Le régime d'approbation administrative*

La Commission du Plan d'Etat a publié conjointement avec le MOFTEC le 27 juin 1995 une circulaire d'orientation des investissements étrangers qui vise à réguler les flux d'investissement en fonction des secteurs d'activité. La circulaire est accompagnée d'une liste qui classe les secteurs ou produits en quatre catégories dans lesquelles les investissements étrangers sont respectivement encouragés, autorisés, restreints ou interdits. Les secteurs dans lesquels l'investissement étranger est encouragé sont ceux qui ont le plus besoin de technologies ou de capitaux étrangers. Ceux dans lesquels l'investissement étranger est restreint concernent des produits pour lesquels l'offre est déjà suffisante, des activités trop rentables ou des industries naissantes que les autorités entendent protéger (telle l'automobile). Les secteurs interdits sont principalement liés à la souveraineté de l'Etat, à l'éducation ou aux médias. Tous les secteurs non cités dans la liste, qui est évolutive, sont considérés comme autorisés.

La circulaire de 1995, relayée par des textes provinciaux, fixe également les secteurs dans lesquels un partenaire chinois doit être nécessairement majoritaire, et d'autres où les sociétés à capitaux 100 % étrangers ne sont pas autorisées.

La pratique montre cependant que l'application de la circulaire de 1995 est assez diversifiée, en fonction de l'appréciation des autorités locales. Par ailleurs, des investissements "indirects" dans des secteurs pourtant "restreints" ou fermés peuvent être parfois envisagés à travers des accords de coopération technique ou d'assistance à la gestion (distribution, télécommunications, ...).

La localisation des implantations étrangères peut aussi permettre de bénéficier d'une plus grande souplesse, par exemple dans les zones franches de Waigaojiao à Shanghai, de Tianjin ou de Qingdao.

En outre, les premières sociétés de commerce international établies sous forme de joint-venture avec un partenaire chinois majoritaire ont été autorisées cette année à Pudong, sous le contrôle direct du MOFTEC. Elles ne concernent pour le moment que de très grands groupes.

### *B. Contrôle pendant le processus de création ou a posteriori*

Depuis 1993, le contrôle exercé par les autorités pendant le processus d'établissement des sociétés s'est considérablement renforcé. L'objet du contrôle concerne principalement la valorisation des actifs d'Etat transférés à l'entreprise à investissement étranger et la réalité de la libération des apports au capital social. Les principes réglementaires de valorisation des actifs d'Etat renchérissent considérablement le coût d'une implantation.

Les autorités ont également réaffirmé le principe d'un contrôle pendant la vie de l'entreprise. Un règlement du 12 décembre 1996, publié conjointement par sept ministères, prévoit ainsi une procédure de contrôle annuel unifié des entreprises à investissement étranger sous l'égide du Bureau d'administration de l'industrie et du commerce. Le contrôle porte sur le respect par l'entreprise de son objet social, les procédures comptables utilisées, le respect de la réglementation sur le contrôle des changes et la tenue des différents comptes en devises, les obligations fiscales et les opérations douanières.

A l'issue du contrôle annuel les entreprises sont classées en catégorie A si aucune irrégularité n'a été décelée, ou en catégorie B, qui conditionne alors l'expansion de l'entreprise à l'amélioration des éléments relevés.

L'ouverture de la Chine aux investissements étrangers a entraîné dans certains secteurs une remise en cause brutale de la position des entreprises d'Etat, dont les produits traditionnels ne peuvent concurrencer les produits plus avancés des entreprises à investissement étranger, notamment pour les biens de consommation. Par ailleurs, la part des entreprises à investissement étranger dans le commerce extérieur chinois ne cesse de croître. Ce contexte a certainement renforcé l'idée d'un plus grand contrôle de l'implantation et de l'activité des sociétés d'origine étrangère. Cependant, les autorités connaissent également l'importance macroéconomique du flux d'investissement étranger, et le besoin de technologie et de capitaux des entreprises d'Etat. En outre, les négociations pour l'entrée de la Chine dans l'OMC ne peuvent que favoriser les possibilités d'implantation des entreprises étrangères et le principe du traitement national. Mais, d'une façon ou d'une autre, il est probable que les modalités et le contrôle de ces implantations continueront d'évoluer en suivant le curseur des différentes lignes de force en présence.

# **ALTERNATIVES AUX SOCIETES MIXTES TRADITIONNELLES: LES ENTREPRISES MIXTES CONTRACTUELLES ET LES SOCIETES A CAPITAUX 100 % ETRANGERS**

**par Jean THIEFFRY**

*Avocat au Barreau de Paris, Cabinet Thieffry & Associés, Paris-Shanghai*

Traditionnellement, les entreprises étrangères s'implantent en Chine par le biais d'"equity joint-ventures", sociétés commerciales à responsabilité limitée créées conformément à la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1979, modifiée le 4 avril 1990, relative aux entreprises à capitaux sino-étrangers. Cette structure présente cependant des inconvénients. Le manque de contrôle effectif sur la prise de décisions et l'ingérence du partenaire, qui peuvent conduire à un blocage. D'où la volonté de chercher des structures donnant au partenaire étranger la possibilité d'un contrôle plus efficace de son implantation en Chine: la société à capitaux 100 % étrangers et le joint-venture contractuel géré par le partenaire étranger.

## **I. - Sociétés à capitaux 100 % étrangers**

Ces entreprises sont soumises à la loi du 12 avril 1986 sur les entreprises à capitaux exclusivement étrangers et à son règlement d'application, promulgué le 12 décembre 1990.

Une entreprise à capitaux 100 % étrangers doit remplir l'une des deux conditions suivantes:

- utiliser la technologie nouvelle ou des équipements avancés, développer de nouveaux produits, économiser de l'énergie et des matières premières, améliorer des produits existants, substituer des produits de l'entreprise à des produits d'importation;

ou

- exporter plus de 50 % de sa production annuelle pour permettre l'équilibre ou le surplus en devises de l'entreprise.

La création des sociétés à capitaux 100 % étrangers est formellement interdite dans les secteurs suivants: presse, édition, radio, télévision, cinéma, commerce intérieur, import-export, assurances, poste et télécommunications et d'autres domaines désignés par l'Etat chinois.

Elle est limitée dans le domaine des services publics, des transports, de l'immobilier, des trusts et de l'investissement, de la location.

L'absence de partenaire chinois dans ce type de structure procure deux avantages: d'une part, un processus de création rapide de la société, puisqu'il n'y a aucune négociation préalable; d'autre part, une autonomie de gestion et la garantie de la confidentialité des techniques apportées. Il est arrivé en effet que l'entreprise étrangère, qui a transféré sa technologie pour la création d'une Equity joint-venture, ait vu du jour au lendemain ses produits contrefaits par son propre partenaire chinois !

L'absence de partenaire chinois implique également, et cela constitue la contrepartie de la liberté d'action de l'investisseur, qu'il devra établir lui-même des liens avec les autorités locales.

En pratique, la localisation de l'entreprise est importante. On constate un assouplissement des règles pratiquées par certaines autorités locales. Cette souplesse s'explique par la création, depuis ces dernières années, d'un nombre important de zones économiques (cinq zones économiques spéciales, treize zones franches, une trentaine de zones de développement économique et technologique et une cinquantaine de zones de développement de haute technologie avancée) qui rivalisent pour attirer les investissements étrangers. A titre d'exemple, certaines autorités locales n'hésitent pas à revoir à la baisse les quotas d'exportation imposés aux entreprises à capitaux 100 % étrangers pour les encourager à venir investir dans leur région.

Les entreprises à capitaux 100 % étrangers auront par ailleurs à faire face à la difficulté d'accès aux matières premières locales et au marché local, notamment pour les petits et moyens investisseurs étrangers. D'autre part, la distribution des produits est à créer en totalité, à partir de rien.

Ainsi, l'avance prise auparavant peut se perdre à ces stades. C'est pourquoi il est primordial pour l'investisseur de tisser de fortes relations locales. Dans la pratique, le problème est réglé par l'embauche de personnel chinois qui prend en charge les problèmes quotidiens, et par le concours de cabinets de conseils occidentaux exerçant en Chine.

## **II. - joint-ventures contractuels**

Ils sont régis par la loi du 13 avril 1988 sur les entreprises de coopération sino-étrangères et son règlement d'application du 4 septembre 1995.

Ces entreprises peuvent être une alternative efficace quand la création d'une société à capitaux 100 % étrangers n'est pas possible.

Les joint-ventures contractuels ne sont pas forcément dotées de la personnalité morale. Ce type d'implantation est en effet apprécié pour sa souplesse de gestion.

La principale caractéristique des joint-ventures contractuels réside dans la possibilité de dissociation entre le pourcentage de participation dans les capitaux du joint-ventures et la répartition des bénéfices.

La création d'un joint-venture contractuel doit être approuvée, comme les deux autres types d'entreprises, par le MOFTEC ou par un autre ministère ou le gouvernement local selon le montant des investissements et le secteur d'activité du joint-venture à créer.

L'autorité d'approbation rend une décision dans les 45 jours de la réception de la totalité des documents nécessaires dont, bien entendu, le contrat et les statuts signés par les représentants des parties, la licence d'exploitation ou le certificat d'enregistrement et une attestation de solvabilité des parties.

Les apports peuvent être effectués en numéraire ou en nature (propriété industrielle, technologie ou droit d'utilisation des terrains). La participation du partenaire étranger ne doit pas être inférieure à 25 % du capital enregistré pour un joint-venture contractuel ayant la personnalité morale, ou 25 % du montant total de l'investissement pour un joint-venture contractuel sans personnalité morale. Les biens étatiques que la partie chinoise apporte au joint-venture doivent être évalués selon les dispositions légales ou réglementaires en vigueur.

Les parties doivent préciser dans le contrat les délais dans lesquels les apports doivent être payés ou réalisés, sous peine d'une mise en demeure par l'administration de l'industrie et du commerce. Les autorités compétentes révoqueront le certificat d'approbation ou la licence d'exploitation si la mise en demeure reste infructueuse.

Selon le règlement d'application de septembre 1995, le choix de l'organe de pouvoir du joint-venture contractuel est laissé aux entreprises qui opteront, soit pour un Conseil d'Administration, soit pour un Comité de Gestion Commune. Ils doivent comprendre au moins trois membres. Leur mandat ne doit pas dépasser trois ans, mais les parties peuvent le renouveler. Le quorum légal du Conseil ou du Comité est des deux tiers des membres.

L'unanimité du Conseil d'Administration ou du Comité de Gestion Commune est exigée pour la modification des statuts, l'augmentation ou la réduction du capital social, la dissolution de l'entreprise, les hypothèques sur les biens de l'entreprise et la fusion ou la scission, ainsi que le changement du statut légal de l'entreprise.

La gestion du joint-venture contractuel peut aussi être confiée à un tiers sous la forme d'un contrat de management, sous réserve de la décision unanime du Conseil d'Administration ou du Comité de Gestion Commune, et de l'approbation des autorités compétentes.

La marge de manœuvre du partenaire étranger est moins grande que dans le cadre d'une société à capitaux 100 % étrangers. La présence d'un partenaire

chinois dans le joint-venture contractuel pourrait en effet constituer un élément de blocage. Mais dans la pratique, le joint-venture contractuel est organisé de telle sorte que le partenaire chinois, ou ne participe pas à la gestion, ou se voit attribuer des pouvoirs limités, son rôle étant cantonné, comme c'est le cas lorsqu'il est seulement " bailleur du terrain " ou " ouvrier de portes ".

L'une des caractéristiques du joint-venture contractuel consiste en la possibilité pour la partie étrangère de récupérer pendant la durée de fonctionnement de l'entreprise les investissements auxquels elle a procédé, à la condition toutefois qu'il ait été prévu que les immobilisations seront attribuées à la partie chinoise au terme du contrat de joint-venture. Cette récupération anticipée peut se faire par l'augmentation de la part des bénéfices attribués à la partie étrangère, ou elle peut se produire avant que le joint-venture contractuel ne paie l'impôt sur le revenu, ou encore intervenir par tout autre moyen approuvé par les autorités fiscales et les autorités d'approbation. La récupération anticipée ne peut cependant pas avoir lieu avant le comblement du déficit éventuel du joint-venture contractuel, et, en tout état de cause, les parties sont responsables solidairement des dettes de celui-ci.

La durée du joint-venture doit être déterminée par les parties, et précisée dans le contrat, alors que la durée des equity joint-ventures peut ne pas être précisée.

Par ailleurs, en cas de joint-venture contractuel sans personnalité morale, les parties restent propriétaires de leurs apports, mais elles peuvent aussi convenir que l'ensemble ou une partie de leurs apports sont des biens communs. La gestion et l'usage de ces biens, qu'ils appartiennent au joint-venture ou aux parties séparément, sont cependant assurés par le joint-venture contractuel.

En conclusion, le recours aux deux formes de structures ainsi présentées permet d'échapper aux difficultés rencontrées inévitablement dans les partenariats traditionnels dans lesquels les intérêts des deux parties sont très étroitement imbriqués. La liberté dont jouit l'investisseur étranger est assurément un atout considérable qui vaut bien les quelques efforts et dépenses à réaliser pour compenser l'absence du partenaire chinois ou la discrétion de son rôle.

# FINANCEMENT

## **LA RÉFORME BANCAIRE ET LA RÉFORME DU CONTRÔLE DES CHANGES EN CHINE**

par Paul RANJARD

*Avocat au Barreau de Paris, Cabinet Cournot, Lemétais et Associés (C.L & A)*

### **Introduction**

Depuis la mise en oeuvre, en 1978, de sa politique d'ouverture et de réformes économiques, la Chine a pris des mesures successives tant économiques que juridiques visant à évoluer d'une économie planifiée vers une économie de marché. Malgré les efforts déjà accomplis pendant les dernières 19 années, ce processus de réformes reste inachevé. La Chine affronte aujourd'hui deux épreuves qui constituent pour son avenir des enjeux d'importance considérable : l'assainissement de son tissu économique et industriel et son entrée dans l'Organisation Mondiale du Commerce. La Chine a déjà pris des mesures pour s'y préparer, en réformant son système bancaire (I), et en assouplissant ses règles de Contrôle des Changes (II).

### **I. - la réforme bancaire**

La poursuite de la modernisation économique et juridique de la Chine nécessite le maintien d'une parfaite stabilité sociale. Or, celle-ci repose sur une situation artificielle : de nombreuses entreprises d'Etat, qui emploient des millions de salariés, ne survivent que grâce à des concours bancaires et sont virtuellement en faillite.

La réforme bancaire décidée en 1995 constitue le premier acte de la mutation qui s'annonce.

#### **1. Rappel historique**

La Banque de Chine, qui existait dès avant la révolution de 1949 sous son nom "Banque de Chine", a été réorganisée et renommée la "Banque Populaire de Chine" (BPC). jusqu'en 1978, elle a joué à la fois le rôle de banque centrale, de banque commerciale et de trésorier comptable de l'Etat. Une première réforme est intervenue en 1978 qui a vu naître, à côté de la BPC, quatre grandes banques commerciales spécialisées. Plus tard, en 1994, furent créées des Banques dites "Policy Banks", placées au service de la politique gouvernementale de développement prévue par le Plan, dans les domaines industriel, agricole et du commerce extérieur.

L'inconvénient majeur de ce système résidait dans l'absence d'implication et de responsabilité du banquier prêteur dans la phase de remboursement. Le banquier prêtait à qui on lui disait de prêter sans se préoccuper du remboursement de son prêt. D'où, le soutien artificiel de nombre d'entreprises déficitaires.

### **2. La réforme**

Les deux textes suivants constituent le cadre juridique de la réforme:

- La loi du 18 mars 1995 sur la Banque Populaire de Chine ;
- La loi du 10 mai 1995 sur les Banques Commerciales.

#### **- La Banque Populaire de Chine**

L'objectif de la loi est de renforcer l'autorité de la BPC en tant que véritable banque centrale et "banque de toutes les autres banques". L'art. 4 de la loi prévoit les principales fonctions de la banque centrale:

- émission et contrôle de la monnaie chinoise (Renminbi);
- approbation et supervision des établissements bancaires et financiers;
- direction et gestion des réserves en devises et en or;
- établissement des statistiques et analyses financières
- pouvoir d'émettre des règlements.

La Banque centrale dispose de moyens d'intervention renforcés:

- fixation des taux d'intérêts;
- prêts aux banques commerciales ;
- gestion des réserves légales que les banques commerciales doivent déposer chez la BPC ;
- intervention directe sur les marchés de devises et sur celui des bons du Trésor.

La BPC est également autorisée à contrôler et surveiller les institutions financières par le biais de procédures d'approbation lors de leur établissement, d'audit de leurs comptes annuels et de fixation des taux d'intérêts.

#### **- Les Banques Commerciales**

Une Banque Commerciale peut recevoir des dépôts du public, accorder des crédits et fournir tous les services bancaires, notamment la gestion des comptes, les opérations pour l'émission d'obligations d'Etat, l'émission de crédits documentaires et le service de coffre. Elles sont soumises à une obligation de secret à propos des comptes de leurs clients.

juridiquement, les Banques Commerciales sont constituées sous la forme de sociétés commerciales et relèvent du régime mis en place par la loi sur les sociétés du 29 décembre 1993.

Une Banque Commerciale est donc une entreprise, dotée de la personnalité morale, responsable vis-à-vis des tiers sur l'ensemble de ses actifs, et susceptible d'être déclarée en faillite en cas de difficultés financières.

Cette description, en apparence purement "juridique", recouvre l'un des points essentiels de la réforme: l'introduction de la notion d'autonomie et de responsabilité du banquier, qui ne prête plus à qui on lui dit de prêter, mais à qui il estime pouvoir le faire, après s'être renseigné sur la solvabilité de l'emprunteur.

La constitution d'une banque Commerciale requiert donc un capital minimum (un milliard de RMB pour une banque; cent millions pour un organisme de Crédit Coopératif Urbain et cinquante millions pour un organisme de Crédit Coopératif Rural).

Les Banques Commerciales sont placées sous le contrôle de la BPC qui peut, en cas de nécessité, reprendre leur gestion en mains pendant une durée déterminée (maximum deux ans) afin de protéger les intérêts des déposants.

## II.- La réforme du contrôle des changes

Le système ancien, créé à l'origine par un Règlement "provisoire" du 18 décembre 1980, avait atteint des sommets de complexité : il n'existait pas moins de quatre taux de changes (taux officiel, taux officieux pour les Corporations d'Import Export, taux des "swap centers", taux du marché noir).

Ce système avait déjà subi une première transformation en 1994, lors de l'unification du taux de change.

La réforme, qui conserve le principe du contrôle des opérations en devises, mais organise une évolution vers une convertibilité totale de la monnaie chinoise, est constituée des textes de base suivants:

- le Règlement du 29 janvier 1996 sur le contrôle des changes (promulgué par le Conseil des Affaires d'Etat) ; - le Règlement du 20 juin 1996 sur les achats, les ventes et les paiements en devises (promulgué par la Banque Populaire de Chine).

### 1. Création d'un marché interbancaire

Un marché national de changes interbancaire, accessible à tous, est destiné à remplacer progressivement les centres de "swap" (réservés aux entreprises à capitaux mixtes ou 100 % étrangers).

Par ailleurs, les opérations en devises sont réservées à certaines banques et Institutions Financières dites "désignées" ou "habilitées", qui seules ont le droit de détenir en dépôt, d'acheter et de vendre des devises.

Le taux de change du Renminbi est un taux national unique, fixé par la BPC en fonction du marché. La BPC régule et contrôle le marché des changes en fonction de la politique monétaire décidée par le Gouvernement.

## 2. Assouplissement du contrôle

La circulation de devises reste interdite. Toute personne morale ou physique qui perçoit des revenus ou règle des dépenses, en devises, doit en faire la déclaration, pour permettre l'établissement de statistiques.

Une distinction est faite entre les opérations dites de "compte courant" et les opérations de "compte de capital".

- Les opérations de "**compte courant**", visent les recettes et dépenses résultant d'une activité régulière dans le domaine du commerce, des prestations de services (contrats de travail ou autres), les royalties, loyers, du transport, du tourisme, etc. Ces recettes doivent être rapatriées en Chine. Les "entités domestiques" doivent les changer auprès d'une banque "désignée", mais peuvent néanmoins demander l'autorisation d'ouvrir un compte en devises. Les entreprises à capitaux étrangers doivent, également, changer leurs recettes en devises, au-dessus d'un plafond fixé par la State Administration of Exchange Control (SAEC). Les personnes physiques peuvent conserver leurs devises, les déposer en banque ou les changer. Quant aux achats de devises nécessaires aux règlements des opérations de "compte courant", ils peuvent s'effectuer auprès des banques "désignées", sur la présentation des documents justificatifs de l'opération.

- Les opérations de "**compte de capital**" (investissements directs, emprunts et investissements en actions, etc.) sont soumises à un régime différent : elles sont obligatoirement enregistrées sur un compte en devise ouvert dans une banque "désignée", et la vente des devises contre des RMB est, contrairement aux comptes courants, soumise à approbation. Lorsqu'une entreprise souhaite investir à l'étranger, elle peut en faire la demande et la SAEC examine la source de ses devises avant de délibérer l'autorisation.

Les emprunts à l'étranger sont également soumis à l'approbation de la SAEC. En revanche, les emprunts à l'étranger par une entreprise à capitaux étrangers doivent être simplement déclarés à la SAEC.

La décision du conseil d'administration d'une société mixte visant à verser à l'investisseur étranger sa part de capital en devises, doit être soumise à la SAEC pour approbation.

Le rythme de la modernisation du système économique et financier de la Chine est, on peut le constater, ralenti par le besoin de préserver la stabilité sociale et le souci de maintenir un contrôle étroit sur la vie économique.

# ***L'ÉVOLUTION DU DROIT DES GARANTIES***

**par LU Shenghui**

*Juriste, Cabinet Michau et Associés*

*A mauvais payeur, mauvaises garanties. -Homère  
: L'Odyssée, VIII, 351.*

## **Introduction**

Le droit des sûretés intéresse en particulier les opérateurs du commerce international. Car, d'une part, le créancier veut s'assurer de sa créance envers le débiteur, et d'autre part, s'avérant de complexité, les garanties concernent plusieurs branches du droit : droit du contrat, droit civil des biens, droit bancaire et financier, droit de la faillite de même que conflit de lois et de juridictions.

A ce titre, dès l'ouverture de la Chine, les garanties étaient réglementées. L'art. 89 des principes généraux de droit civil du 12 avril 1986 énonce des modes de garantie. L'art. 15 de la loi sur les contrats économiques du 13 décembre 1981 concerne les garanties en matière contractuelle. Les articles 11 à 30 de la loi sur le commerce maritime du 7 novembre 1992 réglementent les bateaux en hypothèque et les privilèges sur les bateaux. Sur le plan international, un texte du 26 septembre 1991 réglementait les garanties en devises fournies par des institutions intérieures.

Si importantes que les garanties soient pour le commerce, les dispositions en la matière restaient disparates et imprécises. Alors, des litiges naissent au niveau international comme sur le plan interne. Une affaire de garantie de 1992 opposant la Banque de Zhujiang (succursale de la Banque de Chine) à la Société Traditionnelle d'Investissement (de Hong Kong) en est un bel exemple.

Cependant, le droit chinois des sûretés a évolué depuis la promulgation de la loi sur les garanties du 30 juin 1995, qui sert désormais de base à des règlements spécifiques. Aux termes de son art. 2, cette loi est applicable aux garanties d'emprunt, de vente, de transport de marchandises et de travail à façon, etc. ; elle énonce cinq modes disponibles: caution, hypothèque, gage, rétention et arrhes. L'art. 4 dispose que le garant peut demander au débiteur une contre garantie. L'accord de garantie doit être formulé par écrit, qu'il soit un contrat indépendant ou des clauses insérées dans le contrat principal.

Pour mieux assurer les échanges internationaux et appliquer la susdite loi, les mesures d'administration des garanties fournies par des institutions intérieures à l'étranger (simplifiées ici en garanties internationales) sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1996. Comparé avec l'ancien texte abrogé de 1991, le nouveau instaure de notables réformes sur la qualité des sujets du droit des garanties (I), les modes disponibles (II) ainsi que les modalités de contrôle et d'enregistrement (III).

## **1. - La qualité requise des garants et des garantis**

Pour uniformiser l'administration des entreprises chinoises et celles d'investissements étrangers, les garanties fournies par les entreprises d'investissements étrangers sont intégrées dans les susdites mesures. En plus, ce texte impose au débiteur garanti des conditions.

### ***1. - Allègement de la qualité des garants.***

Selon l'art. 4 du nouveau texte, les garants peuvent être les institutions suivantes : institutions financières autorisées ; personnes morales non financières et capables d'acquiescer les obligations à la place du débiteur, y compris les entreprises à capitaux chinois et celles d'investissements étrangers. Les contraintes de ces mesures ne s'appliquent pas aux garanties fournies par les institutions financières étrangères installées en Chine. Toutefois, ces garanties sont considérées comme celles offertes à l'étranger.

### ***2. - Conditions requises du débiteur.***

Pour les garanties internationales, les conditions requises du garanti sont désormais plus strictes.

- Les garants ne peuvent pas fournir des garanties pour les entreprises déficitaires (art. 7).
- Les entreprises de joint-venture fournissant des garanties internationales doivent respecter le principe de partage de risques et de bénéfices ; les garantis doivent utiliser leurs emprunts en respectant les politiques sectorielles définies par l'Etat (art. 8, al. 1). Les garants ne peuvent pas offrir des garanties pour le capital enregistré des entreprises d'investissements étrangers (art. 8, al. 2). Sauf les entreprises d'investissements étrangers, les prometteurs ne peuvent pas garantir les dettes envers l'étranger qu'a la part étrangère dans les entreprises d'investissements

## **II. - Un régime des garanties réglementé et ouvert**

Aux termes de son art. 2, le nouveau texte s'applique aux garanties suivantes: financements, baux de financement, commerce en compensation, travaux de construction à l'étranger et d'autres obligations envers l'étranger.

### ***1. - Admission de nouvelles formes de garantie.***

Par rapport au texte abrogé, le nouveau admet de nouvelles formes de garanties (art. 2) :

- cautions fournies à l'étranger (y compris lettre de garantie, lettre de crédit, billet à ordre, etc.)
- hypothèques fournies à l'étranger (y compris immeuble, machine et équipement, moyen de transport, droit d'utilisation du terrain et d'autres biens réels accessoires à la terre);
- gages offerts à l'étranger (y compris gages mobiliers sur machine et équipement, moyen de transport ; gages sur des droits tels que traite, chèque, billet à ordre, titre d'emprunt, billet de dépôt bancaire, connaissance ; actions et titres transmissibles ; propriétés intellectuelles transmissibles; d'autres droits susceptibles de gage).

En comparaison avec les Principes généraux du droit civil et la Loi sur les garanties, le nouveau texte exclut la rétention et les arrhes comme garanties disponibles pour l'étranger.

## **2 - Réglementations spécifiques en matière de propriété intellectuelle.**

Conformément à la Loi sur les garanties, des réglementations spécifiques sont applicables aux garanties sur les droits de propriété intellectuelle. Elles déterminent les organismes compétents, les procédures spéciales de contrôle et d'enregistrement.

En matière de brevet, les Mesures provisoires d'administration de l'enregistrement du contrat de gage sur le brevet sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1996. Le Bureau d'Etat du brevet est chargé de l'administration du gage sur le brevet (art. 2). Les personnes chinoises, physiques ou morales, qui offrent un gage sur le brevet, doivent obtenir une autorisation auprès d'un organisme compétent du Conseil des Affaires d'Etat (art. 5, al. 1).

Les Mesures d'enregistrement du contrat de gage sur les droits d'auteur sont entrées en vigueur le 23 septembre 1996. Le Bureau d'Etat des droits d'auteur est l'organisme compétent pour prendre en gage les droits d'auteur (art. 4). Les personnes chinoises, physiques, morales ou non morales, nantissant à l'étranger leurs droits d'auteur des logiciels, doivent obtenir une autorisation auprès d'un organisme compétent du Conseil des Affaires d'Etat (art. 6, al. 2).

## **III. - Les modalités de contrôle et d'enregistrement**

Les nouvelles mesures de 1996 imposent en particulier des modalités précises de contrôle et d'enregistrement. A ce titre, elles protègent les investissements étrangers, puisque rien n'est moins sûr que l'incertain et l'imprécis.

### **1. - Contrôle.**

Les Bureaux de contrôle des devises étrangères autorisés par la Banque de Chine sont compétents pour l'administration des garanties internationales ; ils en sont chargés de la ratification, de l'administration ainsi que de l'enregistrement (art. 3).

Le contrôle concerne notamment les conditions financières à remplir par les garants.

Pour les institutions financières se portant garantes, l'addition totale de la balance des garanties, de la balance des garanties par devises et de la balance des dettes en devises ne doit pas excéder 20 fois l'actif en devises. Pour les institutions non financières garantes,

la balance des garanties ne doit excéder ni leur revenu de devises de l'année précédente ni 50 % de leur actif net (art. 5).

Les sociétés à capitaux chinois ne peuvent fournir des garanties internationales que pour leur filiale directe, ou les dettes envers l'étranger que représente la part chinoise dans la société où elles détiennent des actions (art. 6, al. 1).

Pour les sociétés commerciales internes se portant garantes, la proportion entre leur actif net et leur actif total ne doit pas être, en principe, inférieur à 15 % (art. 6, al. 2).

Pour les sociétés non commerciales internes se portant garantes, la proportion entre leur actif net et leur actif total ne doit pas être, en principe, inférieur à 30 % (art. 6, al. 3).

Ce texte précise les domaines de contrôle (art. 9), la compétence hiérarchique des garanties selon les termes du contrat de garantie (art. 10). Elles inventorient aussi les documents à fournir pour obtenir la ratification du contrat de garantie (art. 11).

### **2. - Enregistrement**

En fournissant des garanties internationales, le garant doit procéder aux formalités d'enregistrement auprès du Bureau local de contrôle des devises étrangères (art. 14). Le contrat de garantie qui n'a pas été ratifié par le Bureau de contrôle des devises étrangères sera frappé de nullité (art. 17).

Durant les 15 jours consécutifs à la conclusion du contrat de garantie, les institutions non financières doivent remplir, au Bureau local de contrôle des devises étrangères un " Formulaire d'enregistrement de la garantie fournie à l'étranger ", et obtient Un " Certificat d'enregistrement de la garantie fournie à l'étranger ". Il appartient au Bureau de contrôle des devises de contrôler la balance et d'envoyer à l'étranger les devises destinées aux sûretés étrangères.

En revanche, les institutions financières sont régies par un système d'enregistrement mensuel ; elles doivent remplir au cours de la première quinzaine de chaque mois un " Formulaire rétrospectif de la garantie fournie à l'étranger " pour rapporter les garanties conclues lors du mois précédent.

## **Conclusion**

En conclusion, les nouvelles mesures chinoises réglementant les actes de garanties envers l'étranger s'avèrent assez précises. Elles permettent de contrôler les garanties offertes par les entreprises internes ainsi que les contrats de contre garantie. L'évolution semble favorable aux financements des projets tant du point de vue de la qualité des garants et des garantis, des formes disponibles que de celui du contrôle et de l'enregistrement.

Pour les opérateurs du commerce international, il est important de bien connaître la capacité financière de leurs partenaires et de la personne se portant garante. Comme l'enseigne un dicton romain, *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (*Nul ne peut transférer à autrui plus le droit qu'il n'a lui-même*). De ce point de vue, le robuste Héphéstos chez Homère n'a-t-il pas eu raison d'obtenir la promesse de Poseidon, celui qui fait trembler la terre : " Héphéstos, si jamais, pour esquiver sa dette, Arès s'enfuit, c'est moi qui te la paierai! "

0299 A

# PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

## LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DU DROIT DES MARQUES

par Yves DOLAIS

*Doyen de la Faculté de Droit, d'Economie et des Sciences sociales d'Angers  
Chargé de cours de droit chinois à INALCO et à l'Institut de Droit Comparé de Paris II*

La protection des droits de propriété intellectuelle et industrielle représente une source de préoccupation pour les autorités chinoises, confrontées à l'explosion de la contrefaçon et soucieuses de bien négocier l'entrée de la Chine à l'O.M.C., mais aussi source d'irritation et de polémique, tant la pression étrangère, américaine notamment, est forte. La situation chinoise actuelle peut être comparée à celle de Taïwan dans les années 80. Elle dispose d'une réglementation de plus en plus complète, mais la volonté fait encore défaut, en particulier en raison d'une tradition confucéenne ignorant le concept de propriété intellectuelle et où "copier une oeuvre est une offense élégante" selon l'expression du sinologue américain William Alford. Cependant les entreprises chinoises, dont le développement dépend de plus en plus des droits de propriété industrielle et intellectuelle, découvrent l'intérêt d'un régime efficace de protection, car si un nombre croissant de fausses boîtes de Coca-Cola ou de faux sacs Louis Vuitton est produit sur le sol chinois, les marques chinoises y sont aussi copiées.

Le droit des marques a toutefois une longue histoire en Chine, puisqu'il existait déjà des marques de fabrique sous les Song en 960. La législation actuelle, datant de 1982, a considérablement été renforcée ces dernières années. La protection est désormais étendue aux marques de service et aux marques notoires. L'administration chinoise coopère plus franchement dans la lutte contre la contrefaçon, elle dispose de moyens juridiques accrus et les sanctions possibles sont plus lourdes. Les institutions participant à la protection des marques ont beaucoup évolué depuis leur création. D'une part, l'Office des marques, entité de l'Administration de l'Industrie et du Commerce, est chargé à la fois du dépôt des marques et de l'administration des marques. Il comprend le Bureau de révision et de jugement, autorité finale en matière de refus d'enregistrement. D'autre part, 80 agences de marques, entités privées, ont été créées. Interlocuteurs obligés des sociétés étrangères, elles assistent le propriétaire de la marque dès la période précédant l'enregistrement de la marque.

Par ailleurs, la Cour Suprême a transmis aux tribunaux inférieurs des directives les incitant à une plus grande sévérité et à un meilleur respect des engagements internationaux. Les ratifications en 1985 de la Convention d'Union de Paris et en 1989 de l'Arrangement de Madrid avaient déjà marqué la volonté des autorités chinoises de rassurer les entreprises étrangères. Depuis, les accords bilatéraux signés avec les Etats-Unis en 1992, 1995 et 1996 ont forcé la Chine à appliquer des standards minimum de protection.

### Une protection élargie aux marques notoires

Face à l'utilisation croissante de marques étrangères notoires en Chine, ces dernières années, le règlement provisoire sur la reconnaissance et l'administration des marques notoires, promulguée par l'Administration de l'Industrie et du Commerce le 14 août 1996, confère désormais aux marques notoires une réelle protection, d'une part par l'introduction d'actions en opposition et en nullité contre les marques similaires apposées sur des produits différents, et d'autre part à l'occasion de poursuites administratives contre les utilisateurs de marques notoires comme enseigne. Théoriquement, le nouveau règlement devrait élargir la protection au-delà de la règle de la spécialité.

**Reconnaissance de la marque notoire.** Selon l'article 2, les marques notoires sont celles qui "ont une certaine réputation et sont connues par un public concerné sur le marché". Comme le droit français, et à la différence de certains droits étrangers tel le droit japonais, le droit chinois ne définit pas précisément le degré de notoriété ni ne fait de distinction entre marque notoire, marque de renommée ou autre qualificatif. L'Office des Marques est le seul organe habilité à délivrer des certificats de notoriété. C'est au demandeur de faire la preuve de la notoriété de sa marque auprès de l'Office des Marques. Si différents moyens de preuve sont énumérés dans le règlement, cette liste n'est toutefois pas exhaustive. Bien que le règlement ne le précise pas, les marques étrangères non enregistrées en Chine devraient pouvoir obtenir un certificat de notoriété. De plus, l'Office des Marques devrait accepter de recevoir les demandes de certificat de notoriété alors même que des affaires de contrefaçons seraient en cours d'examen auprès d'autres juridictions.

**Protection de la marque notoire.** La marque notoire bénéficie d'une protection au moment de l'enregistrement et en cas d'utilisation par un tiers non autorisé. Les marques notoires certifiées sont d'abord protégées par l'Office des Marques via le refus et l'annulation de l'enregistrement de marques similaires ou identiques. L'action en annulation n'est possible que dans les cinq ans suivant l'enregistrement litigieux, sauf en cas de mauvaise foi, conformément à l'article 6 bis 3' de la Convention d'Union de Paris. Elles sont aussi protégées par l'Administration pour l'Industrie et le Commerce d'une part, contre l'usage, par un tiers non autorisé, d'une marque similaire ou identique sur des produits et services non similaires, autres que ceux désignés à l'acte d'enregistrement et d'autre part, contre les utilisations non autorisées de sa dénomination comme

enseigne de commerce. Les administrations locales de l'Industrie et du Commerce peuvent agir à la demande du propriétaire de la marque, qui dispose d'un délai de deux ans à partir de la date à laquelle l'infraction a été ou aurait dû être connue. L'administration contrôle alors que l'utilisation de la marque litigieuse "implique l'existence d'une relation entre le produit (sur lequel la marque litigieuse est appliquée) et la marque notoire" (article 9) et peut tromper le public. La marque est ainsi protégée même en l'absence de risque de confusion, mais la portée de la protection sera variable en fonction de l'originalité et du degré de notoriété de la marque.

La nouvelle réglementation présente l'inconvénient d'ajouter une formalité administrative supplémentaire avec la demande de certificat de notoriété. Il conviendra aussi d'observer la pratique de l'administration chinoise en ce qui concerne la reconnaissance facilitée de la notoriété et la transgression de la règle de la spécialité.

### Une lutte contre la contrefaçon renforcée

**Les pouvoirs de l'Administration des Douanes.** Depuis le 1er octobre 1995, l'Administration des Douanes a dorénavant le pouvoir de mener des investigations, de rassembler des preuves et de saisir les produits contrefaits. Toute société étrangère, demandant protection auprès de l'Administration des Douanes, doit avoir, préalablement à toute action entreprise, enregistré ses droits relatifs à la propriété intellectuelle auprès de cette administration. En cas d'infraction, l'Administration des Douanes est autorisée à effectuer des recherches et à saisir les produits contrefaits. Désormais, les sociétés étrangères ont le droit, dans le but de rassembler des preuves, de demander officiellement la coopération de l'Administration Nationale des Douanes et, plus important, des Administrations locales des Douanes. Mais celles-ci ne peuvent procéder à des investigations et à des saisies qu'uniquement après avoir reçu une demande formelle de la société étrangère. Or beaucoup de sociétés n'enregistreront pas forcément leurs droits auprès de l'Administration des Douanes, leurs droits étant déjà enregistrés auprès de l'Office des Marques. Enfin, la coordination entre l'Administration des Douanes et l'Administration Nationale de l'Industrie et du Commerce sera parfois difficile à organiser.

**Les pouvoirs de l'Administration de l'Industrie et du Commerce.** La majorité des infractions aux droits des marques est instruite et jugée par les Administrations de l'Industrie et du Commerce (AIC), qui présentent l'avantage de rassembler les pouvoirs d'enquêter, de statuer sur les litiges, et cela dans des délais courts. Les AIC sont dotées désormais de pouvoirs plus importants puisque le montant des amendes est passé de 5000 RMB à 10000 RMB et de 20 % du chiffre d'affaires illégal à 50 %. Les AIC ont aussi la capacité d'ordonner la saisie des matériaux litigieux.

**Les procédures judiciaires.** Les victimes de contrefaçons se tournent aujourd'hui plus fréquemment vers les juridictions. Bien que des chambres spécialisées en matière de propriété intellectuelle, surtout pour les brevets, aient été créées au sein des tribunaux intermédiaires, il est préférable de saisir le tribunal du lieu où les contrefaçons sont produites ou bien du lieu où les contrefaçons sont vendues en quantité importante, afin de faciliter l'établissement des preuves. En Chine, il n'existe pas d'action identique à l'action en interdiction provisoire, qui existe en Europe et qui évite d'attendre

parfois des années le dénouement d'une procédure judiciaire. Mais deux possibilités sont toutefois offertes, la saisie conservatoire des moyens de preuve permettant de demander, avant le début de l'action devant le tribunal, une mesure conservatoire sur la propriété, par exemple une retenue en douane, et la saisie réelle permettant de saisir l'ensemble des produits et qui doit être demandée après le début de la procédure devant le tribunal. Les principales infractions que les tribunaux peuvent connaître sont les imitations de la marque enregistrée et la vente de produits contrefaits. La rédaction de la loi est telle qu'il faut dans ce cas pour constituer l'infraction amener la preuve que le commerçant a connaissance de l'illicéité de son activité.

**Les sanctions pénales.** Tout contrefacteur d'une marque encourt une peine de trois à sept ans de prison, et le fonctionnaire, coupable de protection intentionnelle du contrefacteur, une peine maximale d'emprisonnement de cinq ans. Comparées aux sanctions d'autres crimes économiques, ces sanctions paraissent encore légères, et la loi est parfois appliquée avec mansuétude par les magistrats et les fonctionnaires.

### Des difficultés demeurent

L'expérience de la société Louis Vuitton Malletier\* illustre à la fois les progrès et les difficultés de la lutte contre la contrefaçon. Après l'apparition des premières contrefaçons en 1993, et leur développement rapide, la société Louis Vuitton Malletier a entrepris des démarches auprès des AIC locales aboutissant à une quinzaine de décisions par an en 1994 et 1995 condamnant les contrefacteurs à l'interdiction de la vente et à des amendes d'un montant moyen de 500 RMB. En 1996, l'intensification de la lutte contre les contrefaçons et la multiplication des opérations de saisies (quelques 5.500 articles saisis, notamment à Pékin, Shanghai, Shenzhen et Canton) révèlent une mise en oeuvre contrastée des droits de propriété industrielle et des incertitudes sur le sort des articles saisis.

Les entreprises doivent faire face à un protectionnisme administratif et politique. Si le contrefacteur d'une marque étrangère est une entreprise d'Etat, il sera extrêmement difficile de persuader les fonctionnaires chargés d'appliquer la loi de prendre les mesures nécessaires pour arrêter les contrefaçons. Les quelques fermetures d'usine ou descentes de police ont un caractère plus spectaculaire qu'efficace. Une grande disparité de traitement peut être aussi observée selon les lieux et les personnes. En outre, les organes judiciaires ne semblent pas toujours lutter avec diligence, constance et uniformité contre le piratage de la propriété intellectuelle. La lutte contre la contrefaçon devient aujourd'hui un business, dans un contexte de corruption généralisée.

Il n'est pas rare, non plus, de voir le contrefacteur chinois contre-attaquer et affirmer que la société étrangère est le contrefacteur de sa propre marque chinoise. Plus graves apparaissent les menaces de mort contre les hommes d'affaires étrangers, comme le révélait l'International Herald Tribune en décembre 1995 à propos de piratage de disques compacts. L'enjeu économique est tel que l'on peut comprendre pourquoi la Chine, comme Taïwan il y a dix ans, éprouve quelques difficultés à lutter contre la contrefaçon.

\* Cf. exposé de M. Michel Rames, société Louis Vuitton Malletier, au cours du colloque du 2 avril 1997.

# DROIT DU TRAVAIL

0300

## LE NOUVEAU CODE DU TRAVAIL CHINOIS

par **Alexandre MORIN**  
*Directeur Général de CEGOS Chine*

Parmi la multitude de textes qui sont parus au cours des années récentes, ceux ayant trait au droit du travail ont rarement fait la une.

Les raisons en sont multiples. Il y a notre incompréhension face à la complexité du contexte chinois, il y a notre certitude à propos de l'extrême pesanteur de la situation sociologique et politique, il y a enfin notre difficulté à apprécier l'urgence réelle des réformes.

Et pourtant... les évolutions récentes du droit du travail chinois ont eu et auront certainement dans les prochaines années des conséquences fondamentales sur les relations de travail et en particulier dans le domaine, au combien sensible, celui des libertés individuelles.

Au sein d'un droit chinois naissant, le droit du travail chinois occupe une place particulière, car il fut l'un des premiers à faire l'objet des réformes. Trois étapes caractérisent son évolution.

### 1949-1976

#### La gestion planifiée de l'emploi

L'un des premiers soucis des autorités communistes fut de mettre en place un contrôle social strict et généralisé dans les villes comme dans les campagnes. Il n'était plus question ni de choisir son emploi, ni d'envisager sa vie professionnelle à travers une carrière librement choisie, ni de changer d'emploi sans autorisation. Le "bol à riz en fer" fut une protection mais surtout une contrainte.

Trois termes symbolisent cette période et organisent encore la vie sociale et professionnelle :

*La danwei*, l'unité de travail, est la structure de base de l'organisation sociale urbaine. Ses responsables décident de tout: du poste de travail, du salaire, mais aussi du mariage, du planning familial, des loisirs, de l'organisation de la propagande politique et pourvoit à tout: la cantine, le logement, l'éducation des enfants, les soins médicaux, la retraite.... Parmi les salutations quotidiennes, l'équivalent de notre "Bonjour!", "de quelle danwei es-tu" n'est pas la moins fréquente, d'autant qu'elle permet d'afficher un rang, une notoriété qui est fonction du prestige de l'imité concernée.

*La danwei* définit ses besoins en main-d'œuvre, les organismes du plan gèrent les équilibres et les priorités et définissent les affectations. Enfin et ce n'est pas l'une des conséquences les moins importantes, être

" licencié " de sa danwei correspond à un réel bannissement. L'individu perdant son statut social mais aussi tous ses droits.

*Le dangan* correspond aux archives individuelles. Il regroupe l'ensemble des informations (origine familiale et raciale, délits, activités professionnelles..) concernant chaque individu et dont la mise à jour et l'archivage dépend de la *danwei* ou des comités de quartier pour ceux qui ne font pas parties d'une *danwei*.

*Le Hukou*, c'est le livret de résidence qui attache à son lieu de naissance chaque chinois. Il fut l'un des remparts contre l'exode rural. Les conséquences d'une gestion stricte de cette formalité a contribué au maintien d'un équilibre démographique entre la ville et la campagne unique dans les pays émergents. Il reste toujours difficile de modifier son *bukou* en particulier pour les personnes ayant des compétences professionnelles limitées. Ceci n'empêche pas les migrations intérieures mais en les précarisant tente d'en limiter la durée.

Enfin, comment ne pas évoquer le laogai (le goulag chinois), le jiaoyang (la rééducation par le travail) qui ont été les tristes accompagnements de ces années au cours desquelles aucun texte concernant le droit du travail ne fut publié pendant dix ans.

### 1976-1994

#### Les premières réformes

DENG Xiaoping choisit l'ouverture et l'économie de marché. L'accroissement massif de la population active impose un sursaut. L'effort se focalise sur les Zones Economiques Spéciales et les sociétés étrangères. Les premières novations leur furent destinées.

C'est dans ces lieux, peu nombreux et géographiquement marginaux, qu'apparaissent des contrats collectifs de travail puis les premiers contrats individuels de travail, les premières conventions collectives (JEEP à Pékin en 1986), les premières caisses d'assurance sociale, les premières caisses de retraite.... Ensuite, progressivement, mais de manière continue, tous les dispositifs pouvant contribuer à la création d'un réel marché du travail sont testés dans d'autres régions importantes en particulier Shanghai et Pékin.

Les entreprises d'état accompagnent cette évolution. Mais les résistances sont fortes. Ces entreprises sont au cœur du système planifié.

## 5 Juillet 1994

### L'aboutissement: Le Code du Travail

Applicable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1996, ce document imparfait, certes, vaut par l'affirmation claire des nouvelles règles. Il constitue la base du nouveau droit et sert désormais de références dans tous les conflits.

Ce code s'organise autour de 13 chapitres (dans le livre que Thierry Pairault et moi-même avons écrit : " La Chine au travail 1: Les origines du droit du travail ", figure sa traduction intégrale ainsi que celle d'autres textes importants).

### Les points clés du Code du travail du 5 juillet 1994

Les contrats individuels de travail et les conventions collectives:

- droit pour chacun de choisir son emploi
- droit pour chaque employeur de recruter directement
- obligation d'établir pour tout employeur des contrats de travail indiv
- définition des clauses obligatoires
- création de trois types de contrat : à durée déterminée, indéterminée ou à la tâche autorisation d'une période d'essai
- conditions de licenciement et de démission
- définition du cadre des conventions collectives d'entreprise.

Les heures de travail, les repos et les congés :

- durée maximale hebdomadaire de travail: 44 heures (40 heures depuis Mai 1995)
- conditions de paiement des heures supplémentaires.

Les salaires :

- à travail égal, salaire égal
- libre détermination des salaires par les entreprises
- création d'un salaire minimum.

L'hygiène et la sécurité

La protection des femmes et des enfants

La formation professionnelle: formation et aide à l'emploi amélioration des qualifications professionnelles.

Les assurances sociales et le bien-être :

- obligation d'ouvrir le bénéfice des différentes assurances sociales à tous les salariés
- assurances retraite, maladie, accident du travail, chômage, maternité sont obligatoires.

Les conflits du travail :

- organisation de la médiation, de l'arbitrage et du jugement par les tribunaux populaires

Contrôle et inspection du travail

Ces textes s'appliquent à toutes les entreprises privées ou publiques, tous les organismes administratifs...

Ce document a été complété en fin 1994 par 18 décrets précisant de nombreuses conditions d'application. Un texte spécial, très proche, a été publié en août 1994 pour les sociétés à capitaux étrangers. Des documents

complémentaires ont été établis au niveau provincial et local qui précisent les conditions locales particulières d'application.

Après la montée irrésistible de l'arbitraire, cet ample reflux permet de dessiner de nouveaux espaces d'autonomie. Ceci ne signifie nullement que les obligations administratives du passé récent aient disparu. Mais, celles-ci se mêlent désormais à d'autres concepts qui, on peut l'espérer, finiront pas dominer la vie juridique et sociale. De nouvelles pratiques sont à l'oeuvre.

### La contractualisation des relations de travail est au cœur de cette réforme

Cette contractualisation concerne tant les relations individuelles que collectives de l'employeur avec ses employés. Un tel changement n'est pas un pari gagné d'avance.

Certes, la précarisation du travail, l'apparition du chômage, la réduction des horaires de travail, tout concourt à privilégier l'efficacité économique sur le contrôle social. Mais bien des employeurs prétendent perpétuer le pouvoir qui fut le leur à l'époque où la planification ne laissait aucune place aux souhaits individuels. A l'inverse les salariés n'envisagent pas toujours de gaieté de cœur l'abandon du relatif confort d'entreprises qui leur assurent de nombreux services matériels. Cette nostalgie n'est pas exempte d'arrière pensées.

Pour s'en convaincre il suffit de se plonger dans la lecture des affaires traitées par les tribunaux chinois. Ce voyage juridique et sociologique présente avec une étonnante acuité les contradictions, les tensions, les espoirs qui traversent la société chinoise contemporaine.

### Partir...

Un travailleur qui cherche à s'affranchir ou simplement à profiter des nouvelles opportunités qui lui sont offertes par un marché du travail plus ouvert s'expose à la " vengeance " de sa danwei. De nombreuses sociétés occidentales ont affrontées cette difficulté dans le recrutement de personnels de haut niveau.

Mme Chen, 48 ans infirmière en chef de l'hôpital d'une usine du Henan travaillait dans la même usine que son mari. Le 5 Avril 1995 son mari est licencié pour absences répétées. Le directeur M. Wang décide qu'elle doit partir, rendre son logement et en plus payer un loyer de 199,95 yuans par mois... Il faut préciser que le mari de Mme Chen avait été envoyé à Shanghai en 1988 pour faire des études entièrement payées par l'entreprise et avait voulu démissionner en 1994 pour rejoindre une entreprise voisine. Se heurtant au refus de l'entreprise, il prétexta une visite à des parents pour rejoindre son nouvel employeur.

Les attendus ont précisés : " Tout règlement tendant à compromettre les membres de la famille dans la punition sont contre la loi. " Toutefois le mari a quitté l'entreprise sans respecter la discipline de l'usine et doit donc payer une partie des frais pour la formation qu'il a reçu à Shanghai.

Dans ce cas, le tribunal a tranché en faveur du salarié, mais combien de salariés ont-ils cédé au chantage ? De tels chantages sont fréquents à tel point que le DRH d'un grand joint-venture français, et non des moindres, n'a pas hésité à brandir cette menace pour empêcher le départ d'un de ses cadres.

### ***Etre exclu...***

L'anecdote qui suit est particulièrement d'actualité. Les décisions récentes du 15<sup>ème</sup> congrès du Parti Communiste Chinois sur l'accélération de la réforme des entreprises d'état ont largement souligné l'importance des sureffectifs dans ces entreprises.

Une usine d'horlogerie décide de licencier pour motif économique une vingtaine de salariés. Ceux-ci sollicitent un arbitrage car, disent-ils, ils sont de " vieux salariés " de l'entreprise, laquelle aurait dû licencier en priorité des salariés embauchés plus récemment. La commission ne les suivra pas dans leur tentative pour restaurer l'entreprise dans son vieux rôle protecteur de danwei.

### **La défense des droits de chacun a fait émerger la réalité sociale dans le droit du travail**

Le droit du travail restitue désormais l'image de la réalité sociale du pays. Le retour à une plus grande autonomie des individus fait resurgir des pans entiers de la réalité qui avaient été longtemps occultés. La défense des intérêts particuliers dessine les contours d'une société confrontée à la modernité.

La médiation et l'arbitrage sont les procédures utilisées en priorité pour régler les conflits du travail. Elles sont essentiellement destinées à déboucher sur un accord amiable et donc favorise les pouvoirs en place de quelque type qu'ils soient. Mais force est de constater que l'arbitraire s'éloigne lentement.

### ***Il n'est pas toujours facile d'hériter...***

Une jeune mademoiselle XU avait hérité d'un poste dans l'usine de son père à la suite de son départ à la retraite. Malheureusement pour elle avant la fin des formalités d'embauche son frère n'est pas admis à l'université. Le père demande alors que son fils soit embauché de préférence à sa fille ce qui à l'évidence satisfait mieux le directeur de l'usine. Mlle XU sollicite un arbitrage. La commission considère qu'il y a eu effectivement discrimination par non-respect du principe enseignant que " chaque fois qu'un travail peut convenir à une femme on ne peut refuser d'en embaucher une ".

Autre preuve de l'appropriation de cette réforme par les différents acteurs, l'accroissement considérable du nombre de conflits du travail. Les parties estiment qu'elles peuvent faire prévaloir leurs droits. Ces conflits étaient inconnus il y a peu. Pour ceux qu'ont à connaître les tribunaux, ils sont passés de 4 207 en 1995 à 9737 en 1996 dans les entreprises d'état et les organisations administratives. A tel point que les autorités chinoises envisagent la mise en place de procédure plus efficace pour traiter cette difficulté. Enfin, et cela aussi

est nouveau, apparaît le souci de traiter les litiges dans un esprit attentif à la loi et à l'intérêt de chacune des parties.

### **D'autres évolutions interviendront, car la société chinoise change**

Ce Code du Travail du 5 juillet 1994 pourtant, trop lentement peut-être, rentre dans les faits. En Décembre 1996, une grande société de Shanghai présentait à ses employés les conditions de contractualisation qui leur seront désormais applicables... plus de 2 ans après que ce ne soit obligatoire...

Une multitude de mésaventures ne manqueront pas d'être proposées aux tribunaux chinois. A l'évidente multitude des situations s'ajoute la diversité des situations locales, la disparité des systèmes mis en place dans les provinces qui justifient à elles seules une application souple et progressive des nouveaux textes.

Par ailleurs la réflexion se poursuit. Ainsi dans sa dernière livraison de 1997 " Faxue Yanjiu, CASS journal of Law " traite de " la réforme du système de la rééducation par le travail ": comment dans une économie de marché donner à cette disposition des bases légales mieux adaptées ... ? ( modalités de recours, intervention des avocats ... )

Enfin les obligations économiques de la modernisation sont un moteur puissant dans cette évolution. Le 21 Août 1997, LI Boyong, l'actuel Ministre du Travail, déclarait dans le China Daily que l'unification du système de sécurité sociale devrait intervenir en fin 1997 et constituerait un facteur important pour encourager la mobilité du travail qu'autorise la signature des contrats de travail.

L'évolution des conditions d'accès au logement, considérée comme le point noir de l'économie chinoise par ses propres responsables, constitue également un complément essentiel pour atteindre les objectifs poursuivis par le législateur en 1994.

Enfin d'autres questions telles que: Comment assurer la reconversion des employés du secteur d'état ? Comment accroître les créations d'emploi et limiter la progression du chômage ? ne seront pas sans conséquence sur le plan juridique et nourriront des évolutions déterminantes de cette branche du droit chinois.

#### Note

Les textes de jurisprudence présentés ci-dessus sont tirés de plusieurs ouvrages chinois : LIU Jiesan " Choix de procès en rapport avec le Code du travail et ses règlements d'applications " Zhongguo shangye chubanshe, 1995, et SHEN Weijing, " Analyse de cas en rapports avec les contrats de travail " 1995 Zhongguo zhengfa daxue chubanshe. D'autres documents seront présentés dans le tome 2 de la c Chine au travail: les contrats de travail et les conventions collectives " qui paraîtra prochainement.

# ***LA REFORME EN CHINE DU REGIME DE SECURITE SOCIALE***

**par Hanqi XIE**  
*Avocat à la Cour*  
*Cabinet SAGOT & MAINTRIEU-FRANTZ Associés*

## **I. - Rappel historique**

Sous le régime de l'économie planifiée, la Chine Populaire avait un régime de protection sociale caractérisé par:

- un coût onéreux (soins médicaux gratuits pour le personnel des entreprises publiques);
- une couverture limitée (ne couvrant que moins de 20 % de la population);
- et une gestion assurée individuellement par chaque "unité de travail", soit l'employeur. Précisément, chaque employeur gérait, selon la réglementation établie par les autorités centrales, la protection sociale de son personnel contre presque tous les risques que le régime français de la Sécurité Sociale couvre actuellement: maladie, accident de travail, maternité, vieillesse et décès. Le chômage était omis, l'employeur n'ayant pas le droit de mettre un employé à la porte, sauf sous forme de sanction d'exclusion dont le recours était strictement limité.

Par ailleurs, c'était l'unité de travail qui en supportait l'ensemble du coût.

L'inconvénient d'un tel régime se faisait sentir déjà à l'époque: tout d'abord, les entreprises ayant une certaine ancienneté étaient accablées par de lourds frais médicaux et pensions de retraite, alors que les nouvelles entreprises, avec un personnel souvent jeune, n'avaient qu'une charge dérisoire en la matière; puis, le gaspillage et les fraudes alourdisaient sans cesse le fardeau social des entreprises; enfin, la protection sociale se révélait vulnérable surtout dans les entreprises en difficulté financière.

Mais tant que l'emploi était un emploi à vie et que les entreprises n'étaient pas responsables de leurs profits et de leurs pertes, tout allait encore tant bien que mal.

La question est devenue alarmante à partir du milieu des années 1980, avec l'apparition des contrats de travail à durée déterminée et une mobilité de plus en plus grande des travailleurs.

Les efforts pour la réforme de la protection sociale en Chine ont commencé voilà plus de 10 ans, mais il apparaît que le nouveau régime est loin d'être effectivement établi, encore moins parfaitement opérationnel.

## **II. - Etat actuel de la législation chinoise**

Il n'y a pas encore une loi spéciale régissant le nouveau régime chinois de la sécurité sociale. Les efforts de réglementation, souvent au moyen de directives administratives, sont plutôt au niveau local.

Cependant, les dispositions du chapitre 9 de la loi sur le travail du 5 juillet 1994 ont dressé le cadre général du futur régime chinois de sécurité sociale. En outre,

il existe déjà des textes gouvernementaux concernant la vieillesse (1997), les accidents du travail (1996) et la maternité (1994).

Ces dispositions ainsi que d'autres textes concernés nous permettent de constater que le nouveau régime sera basé sur des principes de fonctionnement pas éloignés de ceux de la France.

C'est ainsi que les travailleurs seront couverts par la Sécurité Sociale contre les risques suivants

- vieillesse ;
- maladie et invalidité;
- accidents de travail et maladies professionnelles
- chômage (Dispositions du 12/04/93)
- maternité
- décès

Il sera instauré un fonds spécial et distinct pour chacun de ces risques, avec la contribution de l'Etat, de l'employeur et, dans certains cas, de l'employé. La participation à la Sécurité Sociale sera obligatoire et les cotisations seront prélevées automatiquement. La Sécurité Sociale ne fournissant qu'une protection de base, l'assurance complémentaire et l'assurance épargne sont

A part ces grands principes, il apparaît, selon les dernières informations, que la sécurité sociale chinoise sera à la chinoise, tout comme ce qui s'est passé dans d'autres secteurs.

## **III. - Caractéristiques méritant notre attention**

### ***1° Une sécurité sociale à compétence régionale et sectorielle***

Actuellement, la sécurité sociale s'organise essentiellement au niveau local: vieillesse au niveau provincial et maladie au niveau de la municipalité ou du district.

En plus, elle est gérée encore par divers organismes: celle des entreprises d'Etat et entreprises collectives par la commission de sécurité sociale, celle des établissements publics par les autorités du personnel de l'Administration et celle des entreprises rurales et privées par les autorités des affaires sociales.

Mais il semble que l'objectif final a été déjà arrêté : la commission de sécurité sociale aura la compétence exclusive dans ce domaine.

### ***2° Un développement inégal***

Tout d'abord, il y a un développement inégal entre les régions. Certaines régions sont déjà parvenues à édifier l'ossature d'une sécurité sociale moderne, tandis que d'autres n'ont encore rien fait.

Il y a également un développement inégal entre les différents régimes d'assurance. Ainsi, la protection contre la vieillesse semble être déjà dans une étape avancée, les régimes contre les accidents de travail, le chômage, la maternité sont aussi dans la bonne voie, mais l'assurance maladie accuse un retard sensible.

On constate enfin un développement inégal entre les différents types d'entreprises. Dans une même région, les entreprises d'Etat et collectives et les établissements publics vont beaucoup plus vite que les entreprises privées. Faute d'un régime obligatoire et opérationnel, le personnel des entreprises privées se trouve souvent dans un état d'absence totale de protection sociale : l'employeur paie un peu plus cher ses employés et laisse le personnel se débrouiller soi-même.

### **3° La gestion assurée en bonne partie par l'employeur**

Dans le régime de la sécurité sociale pratiqué actuellement, l'employeur assume toujours l'essentiel du travail: il est responsable de la collecte des cotisations dues, de l'actualisation de l'état des droits de son personnel, ainsi que de la délivrance des pensions de retraite et du remboursement des dépenses pour le compte de l'Etablissement de Sécurité Sociale.

Il n'y a pas de relations directes possibles entre les particuliers et l'Etablissement de la sécurité sociale, tout doit passer par l'unité de travail.

### **4° L'assurance complémentaire encore peu appliquée**

L'assurance complémentaire, notamment en matière de retraite complémentaire, n'est pas obligatoire et est gérée par les compagnies d'assurance commerciales. Les souscripteurs sont encore peu nombreux, les Chinois préférant gérer eux-mêmes leurs épargnes.

### **5° Une assurance-vieillesse et une assurance-maladie particulières**

Pour la cotisation d'assurance vieillesse, la part de l'employeur est égale à 20 % du montant des salaires et celle de l'employé, 8 % de son salaire. La part de l'employé, plus 3 % payé par l'employeur, alimente un compte d'épargne spécifique de l'assuré susceptible de générer un intérêt.

Celui qui a cotisé pendant au moins 15 ans a le droit de bénéficier d'une pension de retraite de base constituée de deux parties: une partie représentant 20 % de la rémunération moyenne locale et une autre partie calculée selon le montant de son compte d'épargne de vieillesse.

Pour l'assurance maladie, malgré son retard dans le développement, le résultat des essais effectués dans certaines régions nous permet de discerner l'orientation de l'assurance maladie en Chine. Ce serait plutôt l'autogestion d'un fonds personnalisé de maladie.

Précisément, chaque assuré possède un compte spécial alimenté par sa part de cotisation et une partie de la cotisation patronale. Le compte est crédité au début de chaque année en fonction de l'importance des cotisations payées par l'intéressé et son employeur l'année précédente. Propriété privée de son titulaire, ce compte est générateur d'un intérêt et peut faire l'objet de la succession en cas de décès. Les dépenses médicales personnelles de l'assuré sont déduites en priorité

de ce compte. Ce n'est que dans le cas où ledit compte est complètement épuisé, et que les dépenses de surplus dépassent un certain seuil (5 % du montant de son salaire annuel) que l'Etablissement de la Sécurité Sociale accorde un remboursement selon un barème préfixé.

## **IV. - Application aux sociétés étrangères installées en Chine**

La sécurité sociale étant un régime obligatoire, elle concerne bien entendu les investisseurs étrangers installés en Chine.

### **1° Pour les bureaux de représentation et autres établissements stables des sociétés étrangères**

A l'heure actuelle, la sécurité sociale chinoise n'est pas encore ouverte au personnel étranger de ces établissements. Celui-ci doit soit faire partie du régime de son Etat national, soit souscrire une assurance commerciale locale.

Quant à leur personnel chinois, il est considéré comme le personnel de la société de service chargée de la gestion de la main-d'œuvre chinoise pour les sociétés étrangères installées en Chine. Précisément, l'employeur étranger ne paie pas directement son employé chinois, mais paie un forfait à la société de service. C'est cette dernière qui paie l'employé et acquitte les obligations relatives aux diverses cotisations sociales.

L'employeur étranger est ainsi épargné du souci de la gestion de la protection sociale de son personnel chinois.

### **2° Pour les entreprises à capitaux étrangers**

La situation est fort différente en fonction des régions.

Dans certaines régions, aucune obligation opérationnelle et structurelle ne s'impose effectivement aux entreprises à capitaux étrangers. Celles-ci doivent créer leur propre micro régime de protection sociale pour leur personnel, qui se limite souvent à la protection contre la maladie et contre les accidents du travail. Certaines se contentent d'incorporer une subvention aux salaires et laissent leur personnel se débrouiller soi-même.

Dans les régions où le régime de sécurité sociale démarre, la situation est aussi fort différente. En principe, les joint-ventures dont le partenaire chinois est entreprise d'Etat ou entreprise collective sont parmi les premiers à adhérer à la sécurité sociale. Les entreprises à capitaux 100 % étrangers n'y sont admises que plus tard.

Il semble toutefois que l'obligation de payer une assurance vieillesse pour son personnel s'impose dans la plupart des régions.

### **3° Les taux de cotisation**

Les taux de cotisation diffèrent d'une région à l'autre :

#### **Modèle du Zhejiang**

- vieillesse: 20 % part employeur, 8 % part employé; - accident de travail: 0,2-0,8 %, payé par l'employeur - chômage: 1 %, payé par l'employeur;

- maternité : 0,6 %, payé par l'employeur
- assurance maladie grave, 4 - 8 % payé par l'employeur.

#### **Modèle de Shanghai**

- Vieillesse : 20 % part employeur, 8 % part employé
- maladie-maternité-accident : 10 %
- chômage: 1 %

### **Conclusion**

Le régime chinois de la sécurité sociale n'est qu'à son démarrage. Tout comme dans les autres domaines, on assiste à une période d'essai local, avant qu'une réglementation nationale puisse voir le jour.

Cette période d'incertitude risque d'être longue, vu la complexité du problème de la sécurité sociale et la diversité entre les différentes régions.

Cependant, deux facteurs atténuent cette incertitude : premièrement, les grandes orientations et les grands principes ont été déjà arrêtés par la loi chinoise ; deuxièmement, si au niveau national la situation est trop variée pour permettre une synthèse, elle est beaucoup plus homogène au niveau local.

## **LE REGIME SOCIAL ET FISCAL DU DETACHEMENT OU DE L'EXPROPRIATION**

**par Albert TREVES**

*Avocat au barreau de Marseille*

Lorsqu'une entreprise française aborde un marché étranger pour commercialiser des biens ou services *OU* bien pour implanter une unité de production, elle doit se préoccuper de la loi applicable au contrat de travail des salariés détachés ou expatriés, mais aussi du statut de ces derniers sur le plan de la protection sociale. Ce sont les Etats qui déterminent le sort de l'imposition des rémunérations.

La loi applicable au contrat de travail, le régime de protection sociale et l'imposition d'un salarié envoyé à l'étranger par une entreprise ayant le siège de son activité en France, dépend selon que le salarié est, soit détaché pour accomplir une mission temporaire, soit expatrié pour exercer une fonction permanente.

### **I. - La loi applicable au contrat de travail**

Lorsqu'un contrat de travail est conclu en France et exécuté à l'étranger, la loi applicable est en principe celle qui est choisie librement par les cocontractants, sous réserve que ce choix ait en pratique un lien suffisant et étroit avec ce contrat.

Dans l'éventualité où le contrat de travail ne fait pas expressément référence à la loi qui le régit, ou si la commune intention des parties ne découle pas des clauses contractuelles et des circonstances de la cause, la loi qui gouverne le contrat est celle du lieu d'exécution du travail.

Concrètement, deux cas méritent attention :

#### **1) le salarié est détaché temporairement:**

C'est-à-dire pour une durée de deux ans environ à titre indicatif. Dans ce cas, il convient de conserver la loi du pays où s'exerce habituellement le travail, autrement dit le droit français.

#### **2) le salarié est expatrié de façon permanente:**

Si il est embauché directement sur place, la loi du travail applicable est habituellement celle du pays d'accueil.

Pour le moment, il est à préciser que le droit du travail chinois quasi inexistant est seulement en cours d'élaboration.

\* Dans un souci de cohérence, le panachage des différentes lois n'est pas recommandable afin d'éviter toutes difficultés quant à l'exécution et l'interprétation du contrat.

\* Ensuite, il est conseillé que l'écrit soit rédigé dans la langue de la loi applicable car la terminologie est vecteur d'un régime juridique et qu'il ne faut pas se méprendre quant au vocabulaire technique utilisé.

\* Enfin, l'écrit qui constate l'accord express du salarié sur le principe et les conditions de son détachement ou d'expatriation doit comporter les clauses prévoyant: la durée de la mission, le séjour sur place, la rémunération, le paiement en devise, le lieu de paiement, les modalités de rapatriement et de reclassement du salarié, pour l'essentiel, sinon l'employeur supportera les conséquences financières des aléas...

Il est important de souligner que la loi du contrat ne préjuge en rien à la situation du salarié au regard de sa protection sociale et qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de convention de sécurité sociale signée entre la France et la Chine.

### **II. - Le régime de protection sociale**

Deux situations sont à examiner lorsque l'employeur a le siège de son activité en France:

#### **1) Le cas des salariés détachés dans le cadre de la législation française.**

Le détachement est régi par l'article L. 761-2 du Code de la Sécurité Sociale: c'est le maintien du régime Français de protection sociale du point de vue de la sécurité sociale mais encore du chômage, de la retraite complémentaire et le cas échéant de la protection mutualiste. Le salarié continue d'être rémunéré par son employeur et à être sous sa subordination.

C'est à l'employeur qu'il appartient d'effectuer les formalités préalables et à s'engager à verser l'ensemble des cotisations durant la période de détachement.

Ces cotisations sont calculées sur la rémunération totale.

L'intéressé doit en principe avoir été embauché en France avant son détachement, mais cela n'exclut pas la possibilité de détacher un salarié recruté spécialement pour accomplir un travail en Chine.

Dans le cadre de la législation française, le détachement doit avoir une durée maximum de 3 ans renouvelable 1 fois, c'est-à-dire 6 ans au total.

(A noter que le salarié détaché 3 ans et détaché à nouveau par le même employeur auprès de la même entreprise ne peut être maintenu à la législation française qu'à la condition qu'il se soit écoulé au moins deux ans depuis la fin du précédent détachement.)

L'employeur doit fournir à la Caisse Primaire d'Assurance Maladie du siège de l'entreprise tous les renseignements concernant le salarié et le détachement projeté en vue d'établir le formulaire S 9201 "Attestation de détachement à l'étranger".

Toutefois, lorsqu'il y a urgence, il est possible d'adresser sous 24 heures un imprimé S 9201 "Avis de détachement d'urgence à l'étranger", lorsque la durée sera supérieure à trois mois mais inférieure ou égale à douze mois. (il y a maintien du régime Français à titre provisoire sous réserve de régulariser dans les 3 mois)

Lorsque la durée de détachement sera inférieure à 3 mois, il y a engagement de l'employeur à payer toutes les cotisations. Le formulaire S 9201 "Avis de mission professionnelle à l'étranger" doit être rempli. Une demande de prolongation peut être demandée à ladite caisse.

#### **L'assurance maladie:**

Il est à noter que le maintien au régime français ne dispense pas forcément de l'assujettissement au régime local. Le salarié peut être soumis à une double cotisation lorsque un régime de sécurité sociale existe dans le pays de détachement. Il faut se référer à l'intervention de Monsieur XIE pour approfondir la question sur ce point.

#### **L'assurance vieillesse:**

L'affiliation des salariés détachés doit être maintenue par l'employeur auprès de la caisse de retraite complémentaire habituelle, même si l'entreprise d'accueil n'est pas une entreprise privée.

#### **Le chômage:**

Les salariés détachés qui conservent le bénéfice du régime français de la sécurité sociale, ou bien traités comme détachés par les régimes de retraite complémentaire ARCO et AGIRC sont protégés par le risque chômage et peuvent prétendre aux ASSEDIC sans avoir de formalités particulières à respecter à ce niveau.

#### **La situation spécifique des cadres:**

Ils ont vocation à accomplir leur carrière normalement en France et n'occuper que temporairement une mission à l'étranger, de sorte que le contrat de travail conclu en France doit être intégralement ou partiellement maintenu pendant la période de détachement.

#### **2) le cas des salariés expatriés:**

L'expatrié est assujéti localement au régime social obligatoire en application du principe de territorialité. La couverture peut être estimée insuffisante bien que le salaire français bénéficie de l'égalité de traitement.

C'est pourquoi, la faculté d'opter pour le régime français de l'assurance volontaire ne doit pas être perdue de vue lorsque le salarié arrive au terme de la période maximale de détachement ou lorsque dès le départ l'employeur renonce à le détacher pour une mission permanente.

En effet, les entreprises françaises peuvent effectuer pour le compte des salariés français qu'elles emploient à l'étranger les formalités nécessaires à l'adhésion aux assurances volontaires pour les expatriés.

#### **III - L'imposition des rémunérations:**

La France et la Chine ont signé, le 30 mai 1984, une convention bilatérale intitulée " ACCORD EN VUE D'ÉVITER LES DOUBLES IMPOSITIONS ".(J.O. du 28/02/85)

L'article 14 de la Convention pose le principe de l'imposition exclusive des salaires dans l'état d'exercice de l'activité et prévoit l'exception classique relative aux missions temporaires effectuées dans un Etat pour le compte d'un employeur de l'autre

Les revenus imposés en Chine sont exclus de la base de l'impôt en France, mais le contribuable doit néanmoins les déclarer à l'administration fiscale française pour calculer le taux d'imposition applicable aux autres revenus imposables en France : c'est le maintien du principe de la progressivité de l'impôt.

L'égalité de traitement est consacrée par l'article 23 paragraphe 1 qui dispose que: " Les nationaux d'un Etat ne seront pas soumis dans l'autre Etat à une imposition ou à une obligation fiscale plus lourde ou différente de celle frappant les nationaux ". Il s'agit là d'une mesure de sauvegarde contre toute discrimination.

Les salariés détachés bien qu'ayant conservé leur résidence fiscale en France, ont leurs rémunérations imposables en Chine dès lors que l'emploi est exercé dans ce pays, mais elles sont toutefois imposés en France sous réserve que trois conditions soient remplies simultanément, à savoir :

- a) le salarié séjourne en Chine pendant une période cumulée inférieure à un total de 183 jours durant une année civile;
- b) la rémunération est payée par un employeur qui n'est pas résident en Chine,
- c) la charge de la rémunération n'est pas supportée par un établissement stable ou une base fixe que l'employeur a en <sup>China</sup>

Enfin, les salariés expatriés ayant fixé leur résidence en Chine ont leur rémunération imposable en Chine puisqu'ils y exercent leur activité mais ne sont cependant pas redevables de l'impôt forfaitaire auquel sont assujétiés les non-résidents qui disposent en France d'une ou plusieurs résidences.

Les contribuables doivent souscrire chaque année une déclaration de revenus de source française imposables en France en vertu de la convention fiscale et l'adresser avant le 30 juin au Centre des Impôts des non-résidents ayant son siège à la rue d'Uzès à Paris.

0302

## IMMOBILIER

### *L'IMMOBILIER EN CHINE: ETUDE DE CAS CONCRETS*

**par Gilles ANTIER (IAURIF) \***

*Directeur des actions internationales,  
Institut d'Aménagement et d'Urbanisme de la Région Ile de France  
Avec la participation de Mme Denise LU, Sté SERCIB France*

Deux mots sur les projets et les montages d'opérations immobilières aujourd'hui en CHINE.

Le montage en soi d'un projet continue à obéir à une logique assez floue. Au niveau foncier, il n'existe pas véritablement de cadastre, et tout projet se réfère essentiellement aux règlements des droits d'utilisation de terrains fixés en 1990. Les documents d'urbanisme se caractérisent surtout par leur adaptabilité : pas de notion d'opposabilité aux tiers telle qu'elle existe en France.

A ce contexte "souple", on opposera deux constantes. La meilleure garantie pour un projet est en effet :

- d'être soutenu par un ou des investisseurs identifiés
- de prévoir dès l'origine l'association avec un institut public local d'ingénierie.

Sur le plan des financements, les capitaux d'Etat / ou provinciaux / ou municipaux tendent aujourd'hui à être largement relayés par des financements privés. Gage de souplesse ? A voir: le système de décision reste lui, totalement dépendant des dizaines d'administrations locales, dont les responsables, mutés tous les trois ou cinq ans, éviteront souvent de prendre le moindre risque. On gardera aussi en tête que l'immobilier est un créneau récent en Chine, ce qui a entraîné une ruée massive d'intervenants en tous genres, fortement capitalisés, motivés avant tout par la spéculation à court terme, et par là privilégiant souvent plus la quantité que la qualité des produits. Concept d'urbanisme, qualité des projets et de l'architecture - sans parler parfois de celle de la construction - apparaissent être souvent des enjeux moins prioritaires que la production rapide de tours.

Le marché subit aussi pour sa part des évolutions significatives.

D'abord, on assiste à un fort remplissage - demain une saturation ? - des opportunités dans les grandes villes telles que Beijing, Shanghai ou Canton. Le boom de l'immobilier d'entreprise (hôtels, bureaux) commencé depuis dix ans tend à se stabiliser dans un contexte de sur-offre.

Une véritable "bulle spéculative" s'est développée: l'ensemble loyers + charges + taxes met le m2 de bureaux 50 % plus cher à Beijing et Shanghai qu'à Paris, Londres ou Singapour (le triple des prix moyens à Bangkok). Autre exemple, cette fois dans le cas des commerces : le prix moyen du m2 de boutique dans Nanjing Lu - rue de Nankin, la grande artère commerciale de l'hyper-centre de Shanghai - a rejoint pratiquement le niveau pratiqué... dans la 5<sup>e</sup> Avenue à New York, selon une enquête d'Healey & Baker.

Il s'ensuit une nécessité de très bien cibler son projet immobilier, en taille bien sûr, mais aussi - surtout ? - en type de produit et en localisation. J'entends par localisation le fait d'étudier l'alternative de villes moins courues que Shanghai ou Canton : Frédéric Rolland travaille sur de l'immobilier d'entreprise "classique", mais à Nankin. J'entends par type de produit l'hypothèse d'équipements publics plus que d'hôtels ou de bureaux: Jean-Marie Charpentier construit ainsi l'opéra de Shanghai et un centre d'expositions

Deux autres pistes, plus difficiles: le marché du logement -essentiellement sur du "haut de gamme", pour clientèle d'expatriés ou de ce qu'il faut bien appeler les classes supérieures - et le marché de la réhabilitation, lorsqu'il y a une valeur patrimoniale reconnue par la partie chinoise dans des sites de centre ville : le Bund à Shanghai en est un bon exemple parmi beaucoup d'autres trop souvent négligés.

S'il y avait une conclusion à donner au terme de cette courte intervention, ce serait de dire que l'immobilier reste un créneau en Chine, mais à des conditions sans doute beaucoup plus

#### **Post-face (octobre 1997)**

*La crise monétaire, puis bancaire, qui affecte les économies asiatiques depuis l'été 1997, aura sans nul doute des conséquences directes et indirectes sur le marché immobilier en Chine, même si le contexte financier est bien différent des autres pays asiatiques.*

*Absence de convertibilité de la monnaie et présence d'une dette faible et à long terme ne protégeront en effet pas totalement la Chine des impacts de la crise. Et cela parce que les opérateurs et les investisseurs de la zone opérant en Chine se retrouvent eux-mêmes fragilisés: les banques locales risquent en effet de se montrer beaucoup plus prudentes dans leurs investissements, et ne "suivront" pas aussi facilement qu'auparavant.*

*Certains objecteront que l'impact sera plus important sur les marchés d'infrastructures que sur l'immobilier, dans la mesure où leur délai d'amortissement est beaucoup plus long. Mais qu'en sera-t-il si les prix de l'immobilier s'effondrent dans la zone asiatique (comme ce fut le cas en Occident au tournant des années 90), augmentant par là la distorsion actuelle avec les prix pratiqués dans les métropoles chinoises, pour un parc déjà en situation de sur-offre*



# FISCALITE

0317

## *LA REFORME DE 1994 ET LES DEVELOPPEMENTS RECENTS DE LA FISCALITE EN CHINE*

par **Claude LE GAONACH- BRET**

*Avocat au Barreau de Paris,  
Conseiller du Commerce Extérieur, Cabinet DS MEYER & Associés, Paris-Pékin*

### 1. La réforme de 1994

près avoir promulgué le 9 avril 1991 la Loi sur l'impôt sur le Revenu des Entreprises à Capitaux Etrangers et des Entreprises Etrangères, la Chine a mis en place en 1994 une importante réforme fiscale, basée sur deux idées clés:

- \* renforcer le pouvoir central par une meilleure répartition des recettes de l'impôt entre l'Etat et les provinces ;
- \* éliminer les discriminations entre les sociétés chinoises et les sociétés à capitaux étrangers, ainsi qu'entre les personnes physiques de nationalité étrangère et chinoise.

La première idée s'est concrétisée par la mise au point de clés de répartition des recettes de l'impôt entre les provinces et l'Etat.

La deuxième idée s'est concrétisée par une tendance à l'harmonisation de l'imposition:

- \* des personnes physiques quelle que soit leur nationalité, avec l'instauration d'un barème unique, mais toutefois encore quelques différences dans les méthodes de calcul,
- \* des entreprises qu'elles soient chinoises ou à capitaux étrangers. En effet, jusqu'à cette date, les entreprises chinoises étaient imposées à un taux de 50 %. Désormais entreprises chinoises et entreprises à capitaux étrangers sont, hors zones à statut particulier, imposées au taux de 30 %.

#### *1. 1. Les taxes applicables aux Sociétés Etrangères ou à Capitaux Etrangers:*

Elles sont assujetties à deux impôts principaux :

- l'impôt sur le Revenu des Sociétés à Capitaux Mixtes et Etrangers ;
- la Taxe sur la Valeur Ajoutée

Et en fonction des activités de l'entreprise, d'autres taxes s'appliquent, dont la Taxe sur la Consommation, et la Taxe sur le Chiffre d'affaires.

### **L'Impôt sur le Revenu des Sociétés Etrangères ou à Capitaux Etrangers**

Cet impôt s'applique, au taux global de 33 %, à toutes les Sociétés étrangères ayant signé un contrat constitutif d'un établissement stable ainsi qu'aux Sociétés à Capitaux Etrangers établies en Chine, quelle que soit leur forme juridique.

Le Bureau National des Taxes a précisé au mois d'avril la fiscalité applicable en cas de fusion, scission, cession de participations et augmentation de capital des entreprises à capitaux étrangers. Il a également donné le critère de détermination du taux d'imposition applicable aux bénéfices réalisés par une société ayant des succursales établies dans des zones soumises à une fiscalité différente de l'établissement principal. Si elles ont une activité de production et/ou de services autonome : le taux retenu est le taux du lieu d'établissement de la succursale, si elles ont une simple activité de commercialisation des produits et services de la société : le taux applicable est le taux applicable au lieu d'établissement de la société. lieu effectif

### **La Taxe sur la Valeur Ajoutée**

La T.V.A. a été créée en 1994 en remplacement de taxes diverses, dont la Taxe Industrielle et Commerciale, qui étaient applicables à des taux différents et créaient des disparités entre les sociétés chinoises et les Sociétés à Capitaux Etrangers.

La T.V.A. est applicable au taux de 17 % pour les produits vendus ou importés, à l'exception de quelques produits pour lesquels le taux est de 13 % (tels que certains produits agricoles ou destinés à l'agriculture, les livres et revues). Elle l'est au taux de 17 % pour les activités de sous-traitance ou de réparation. Certains produits sont exemptés, tels que les produits agricoles vendus par les producteurs.

Cette taxe est payée par l'acheteur et son lieu de recouvrement est le lieu de vente (ou le lieu d'établissement avec l'accord des autorités fiscales) ou enfin, la douane.

### **La taxe sur la consommation**

Cette taxe est applicable, à un taux variant de 5 à 45 %, à la production, la sous-traitance ou l'importation de certains biens de consommation (dont : tabac, alcool, cosmétiques, bijoux, essence, voitures).

La taxe sur les activités (impôt sur le chiffre d'affaires)

Cette taxe s'applique dans les domaines suivants: transports (3 9/0, industrie du bâtiment (3 91o), assurances, finances (5 9/o), postes et télécommunications (3 9/0, culture et sports (3 %), loisirs (5 % à 20 %), services (5 %), transfert de biens immatériels (5 9,o), ventes de biens immobiliers (5 9/0.

### *1.2. Le maintien des avantages pour les entreprises à capitaux étrangers;*

La réforme de 1994 n'a pas remis en cause toutefois les avantages accordés dans des cas particuliers aux seules Entreprises à capitaux étrangers

#### **Taux préférentiels**

La loi fiscale du 1<sup>er</sup> Juillet 1991 définit les taux d'imposition appliqués dans les zones géographiques à statuts particuliers.

Ces taux sont de 15 % ou 24 %, au lieu de 30 %, suivant le lieu d'implantation Zones Economiques Spéciales, Zones de Développement Economique et Technique, et lorsque l'entreprise a une activité de production.

#### **Exonération ou déduction**

Sur l'ensemble du territoire chinois, les Sociétés à Capitaux Etrangers engagées dans des activités de production pour une période supérieure à dix ans, bénéficient d'une exonération d'impôts pour les deux premières années bénéficiaires, et d'une réduction de 50 % pour les trois années suivantes (avec un taux plancher de 10%).

Au terme de cette période de cinq ans, les Sociétés à Capitaux Etrangers engagées dans l'agriculture, la sylviculture ou l'élevage et établies dans une zone géographique peu développée pourront bénéficier d'une réduction de 15 % à 30 % de l'impôt sur une période supplémentaire de dix ans.

#### **Réduction d'impôts**

Une réduction de 40 % de l'impôt est accordée aux partenaires d'une Société à Capitaux Etrangers qui, sur cinq années consécutives, réinvestissent en Chine.

#### **Avantages offerts aux entreprises "exportatrices" et "à technologie avancée"**

\* La qualification d'entreprise "exportatrice" est établie sur une base annuelle. Pour chaque exercice, l'entreprise doit exporter au moins 70 % de la valeur totale de sa production et générer un excédent en devises ou au moins réaliser l'équilibre de sa balance en devises

Après expiration des périodes d'exonération ou de réduction fiscale obtenues à d'autres titres, l'entreprise "exportatrice" bénéficie d'une réduction de 50 % de l'impôt sur le revenu.

\* Une entreprise à "technologie avancée" est définie comme une entreprise qui possède une technologie avancée apportée par l'investisseur étranger, et qui est reconnue comme telle par l'administration chinoise, et confirmée lors de l'entrée en production.

Elle doit être engagée dans le développement de nouveaux produits, ceci dans le but de générer ou permettre une économie de devises soit par exportation, soit par substitution d'importation.

Cette qualification est obtenue sur une base annuelle et est, en principe, limitée dans le temps : en effet, la réduction de 50 % n'est accordée que sur une période de trois ans maximum pour l'entreprise à technologie avancée.

## **2. Les tendances récentes**

### *2.1. La remise en cause des avantages accordés aux investisseurs ?*

#### **Le débat**

Au moment de la mise en place de la réforme de 1994, un débat de fond a eu lieu au sein de l'administration fiscale chinoise: ne convenait-il pas, toujours dans un souci de lutter contre les inégalités de traitement et plus particulièrement contre les inégalités de développement entre la côte et l'intérieur, de supprimer les avantages fiscaux accordés aux Entreprises à Capitaux Etrangers pour des raisons purement géographiques, et les remplacer par des avantages accordés par secteurs considérés comme prioritaires ?

Cette décision n'a pas été prise, mais apparemment le débat sur ce point est toujours d'actualité.

#### **Les taxes à l'importation et à l'exportation**

\* Depuis le 1<sup>er</sup> avril 1996, les équipements faisant partie de l'investissement des entreprises à capitaux étrangers ne sont plus exonérés de taxes à l'importation. Considérée comme un premier pas vers la suppression des incitations, cette mesure a été toutefois récemment aménagée par une circulaire de l'administration douanière, qui accorde des délais de grâce.

\* En revanche, à l'exportation, tous les produits devaient en principe être exonérés de TVA (de la même façon qu'ils étaient exonérés de la Taxe Industrielle et Commerciale).

Toutefois la TVA appliquée aux matières premières ou matériaux utilisés pour la fabrication de produits qui sont exportés par les entreprises à capitaux étrangers n'est pas en principe récupérable lorsque ces entreprises se sont implantées en Chine avant la fin de l'année 1993. En revanche celles qui se sont implantées après le 1<sup>er</sup> Janvier 1994 bénéficient du remboursement partiel de la T.V.A.

#### *2.2. Bureaux de représentation*

D'après la convention franco-chinoise, ne sont pas considérés comme établissements stables les bureaux de représentation ayant une activité "auxiliaire et préparatoire" pour le compte de l'"entreprise".

En revanche, les bureaux de représentation rendant des services à des filiales ou à d'autres sociétés constituent des établissements stables.

L'administration fiscale chinoise effectue depuis quelques mois une vérification des bureaux de représentation étrangers, et a publié des circulaires tendant à d'une part élargir la notion de services, et d'autre part réduire le champ d'application de la définition donnée par la Convention franco-chinoise, et donc dans les deux cas élargir la notion d'établissement stable. De plus, l'administration fiscale s'oriente également vers une suppression de la méthode d'imposition des bureaux de représentation sur la base de contrats de services.

**En conclusion**, la tendance est, d'une façon générale, à l'alourdissement de la charge fiscale pour les investisseurs étrangers. Cette tendance sera-t-elle de nature à les faire hésiter à investir en Chine, ou bien selon le pari qui semble être fait par certains responsables chinois, le marché chinois est-il suffisamment attractif pour que la fiscalité ne soit pas l'élément déterminant du choix d'un investisseur?

0303

## DISTRIBUTION

### *LES ACTIONS DU BARREAU DE PARIS AVEC LE C. F. M. E. -ACTIM*

**Par Jules-Marc BAUDEL**

*Ancien Membre du Conseil de l'Ordre, Avocat au Barreau de Paris*

**L'exposition française à Shanghai (17-21 mai 1997)**

Cela fait maintenant plusieurs années que la Commission Internationale de l'ordre des Avocats collabore activement avec le C.F.M.E.-ACTIM afin de démontrer aux entreprises françaises l'intérêt qu'elles ont à se faire accompagner par des avocats français dans leurs démarches à l'exportation ou dans leurs implantations à l'étranger.

Le C.F.M.E.-ACTIM organise d'importantes manifestations françaises dans les pays émergents. Participent à ces expositions en général 200 à 300 entreprises françaises, dont l'importance va de l'architecte réputé travaillant en petit comité à la société pétrolière multinationale.

Ces dernières années, l'ordre des Avocats a ainsi participé activement à quatre de ces manifestations

- la première à **SHANGHAI** en **juillet 1995**,
- la seconde à **MEXICO** en **novembre 1995**,
- la troisième à **TAIPEI** en **juillet 1996**,
- la quatrième à **SHANGHAI** en **mai 1997**.

A chacune de ces manifestations, l'Ordre des Avocats était représenté par un stand où les avocats parisiens pouvaient exposer, aussi bien aux entreprises participantes, qu'aux visiteurs, les modalités de la collaboration qu'un avocat a généralement avec ses clients exportateurs ou investisseurs à l'étranger.

En plus de cette présence lors de ces expositions, l'Ordre des Avocats organise des colloques plus particulièrement destinés aux juristes spécialisés tant français que locaux.

Ainsi en **1996**, un colloque franco-taïwanais fort suivi a permis d'étudier les relations entre la **FRANCE** et **TAIWAN** en matière de propriété industrielle et de reconnaissance réciproque des brevets.

D'autre part, l'Ordre des Avocats, toujours en collaboration avec le **C.F.M.E.-ACTIM**, entend également éclairer les exposants français sur des points juridiques qui lui paraissent particulièrement sensibles dans des implantations à l'étranger.

La manifestation la plus réussie a, sans doute, été celle qui s'est déroulée à **SHANGHAI** en **mai 1997**. Monsieur Jacques CHIRAC, Président de la République Française, avait fait l'honneur d'inaugurer cette manifestation et de s'arrêter longuement au stand des avocats.

Le Barreau de **SHANGHAI** avait, quant à lui, invité officiellement les membres du Barreau de **PARIS**, ce qui a permis un renforcement considérable des liens entre ces deux Barreaux.

Un colloque commun à l'**A.F.C.D.E.**, aux Barreaux de **PARIS** et de **SHANGHAI**, a donc pu être organisé et d'éminents confrères de **SHANGHAI** ont reçus les avocats parisiens dans leurs bureaux. Il en est résulté une meilleure connaissance de la pratique juridique chinoise et également un renforcement des liens avec les avocats de **SHANGHAI** permettant à l'avenir un travail en équipe.

Enfin, l'Ordre des Avocats a organisé des consultations juridiques gratuites et un séminaire appelé les "10 commandements" au cours duquel 10 avocats parisiens ont exposé aux participants les questions de pratique juridique qui leur paraissaient essentielles.

L'ensemble de ces participations montre qu'une collaboration harmonieuse doit s'instaurer entre le Barreau et les entreprises pour permettre à celles-ci une meilleure implantation à l'étranger. La sécurité juridique indispensable à une réussite économique ne peut être apportée que par des avocats français connaissant à la fois le terrain, mais également le droit et les habitudes des pays étrangers.

0318

# LE CADRE REGLEMENTAIRE DE LA DISTRIBUTION DES PRODUITS ETRANGERS

par Jean-Marc DESCHANDOL

Avocat au Barreau de Paris

Cabinet Vovan & Associés, Paris-Pékin

## Introduction

Depuis le lancement des réformes économiques en 1978 et principalement ces dernières années, la Chine toute entière semble lancée dans une course à la consommation caractérisée par un intérêt tout particulier pour les produits étrangers.

Dans la pratique malheureusement et malgré une certaine ouverture du marché chinois aux entreprises étrangères, l'importation et la distribution de produits étrangers en Chine demeurent des activités strictement réglementées. Les restrictions en vigueur tendent toujours à instaurer des barrières aux importations de produits étrangers, afin de favoriser et de protéger la commercialisation de produits chinois (1). Pourtant, malgré des contraintes multiples, une pluralité de solutions est offerte aux sociétés étrangères pour distribuer leurs produits sur le marché chinois (111).

## I. - La réglementation de l'importation des produits étrangers en Chine

### A. - Licences de Commerce Extérieur.

Jusque dans les années 1980, seules les entreprises d'Etat spécialement autorisées pouvaient commercer avec l'étranger, en exportant ou en important des biens ou des technologies.

Le *Règlement Provisoire sur le Système d'Agence dans le Commerce Extérieur* du 29 août 1991 (le "Règlement") est venu assouplir le système, mais a gardé le principe d'autorisation. La *Loi sur le Commerce Extérieur*, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1994 (la "Loi"), est venue confirmer le principe fixé dans le Règlement. Ainsi, selon l'article 9 de la Loi, une société de droit chinois ne peut avoir une activité de commerce extérieur que sur autorisation du MOFTEC. Cette autorisation est matérialisée par la "*licence de commerce extérieur*" accordée à un nombre croissant mais encore limité d'entreprises.

L'article 13 de la Loi, reprenant le principe posé dans l'article 2 du Règlement, dispose que les sociétés chinoises qui ne sont pas titulaires de licence de commerce extérieur doivent mandater une société autorisée. L'article 3 du Règlement dispose que le contrat d'agence constitue la base des relations entre l'agent et son mandant.

A l'égard des licences de commerce extérieur, les *entreprises à capitaux étrangers* constituent un cas à part. En effet, si ces sociétés ont la capacité

d'importer et d'exporter elles-mêmes des équipements et produits nécessaires à leur production, de vendre en Chine et d'exporter elles-mêmes leurs productions, elles ne peuvent importer directement des produits pour les commercialiser en Chine. Cette interdiction générale peut faire l'objet au cas par cas de dérogations particulières.

### B - Licences d'importation.

Quelle que soit la société importatrice, celle-ci doit respecter les dispositions applicables en matière de licences d'importation. La Loi répartit tous les produits importés en deux catégories: les biens dont l'importation est interdite, et ceux dont l'importation est restreinte. Sont notamment inclus dans cette deuxième catégorie :

- les produits dont l'importation est restreinte afin de permettre un meilleur développement de l'industrie domestique considérée ;
- les produits agricoles, fermiers et de la pêche
- les produits dont l'importation serait dommageable à la solidité financière et la balance des paiements du pays;
- tout autre produit dont l'importation doit être restreinte en vertu de traités conclus par la Chine

La Loi précise également que les produits entrant dans cette catégorie ne peuvent être importés qu'en vertu d'une licence d'importation. Sur la base de ces principes, le MOFTEC établit une liste de produits régulièrement mise à jour dont l'importation est soumise à autorisation sous la forme de licence d'importation accordée par quatre autorités administratives différentes suivant la nature du produit importé : la Commission du Plan, le MOFTEC, le Bureau du Commerce et de l'Economie et le Bureau des Machines et Equipements du Conseil des Affaires d'Etat.

Les procédures de délivrance des licences d'importation sont décrites dans la Communication du MOFTEC sur les Administrations en Charge des Licences d'Importation et des Procédures de Délivrance du 9 janvier 1993.

Un régime identique dans son principe mais légèrement plus favorable dans son application est accordé ~aux. sociétés à capitaux étrangers qui importent des équipements ou des produits nécessaires à leur production, en vertu des Mesures sur la Délivrance de Licences d'Importation aux Entreprises à Capitaux Etrangers du 5 décembre 1991. L'importation de certains produits par ces sociétés est en effet exemptée de licence d'importation.

## II. - Possibilités de distribution par des sociétés étrangères en Chine

Deux types de solutions se dégagent tant des lacunes que des dispositions de la réglementation en vigueur:

les contrats passés avec des sociétés chinoises (A), et les formes nouvelles de sociétés à capitaux mixtes (B).

### A. - Solutions Contractuelles.

Des *accords de distribution* peuvent en premier lieu être conclus avec des sociétés titulaires de licences de commerce extérieur.

La difficulté principale de ce type d'accord réside dans le choix du distributeur chinois, tant en termes de savoir-faire commercial qu'en terme de contrôle que la société étrangère pourra exercer sur la distribution de ses produits.

Les *accords de franchise* permettent un contrôle plus étroit des conditions de distribution des produits par une société étrangère. Ce contrôle est en effet le corollaire de l'apport de savoir-faire et du soutien commercial qu'elle assurera à son partenaire chinois. Les licences de marques qui accompagnent généralement ce type d'accord permettent enfin d'encadrer l'utilisation qui sera faite des marques par le franchisé chinois. Les accords de franchise ne nécessitent pas, en principe, d'approbation préalable des autorités chinoises, sauf bien entendu en cas de création d'une société mixte pour l'exploitation de la franchise.

### B - Solutions sociales.

En vertu de la réglementation en vigueur, il reste interdit aux sociétés à capitaux exclusivement étrangers d'exercer une activité dans le domaine de la distribution. Cette interdiction recouvre les activités de commerce de détail et de gros, l'approvisionnement et la distribution de produits finis et de matériaux, et toute activité d'intermédiaire commercial.

Dans certains cas toutefois, des sociétés mixtes peuvent commercialiser des produits importés sur le territoire chinois. Cependant elles présentent toutes une variété de contraintes différentes, qu'il s'agisse des volumes, de la nature de produits, ou des zones géographiques.

Ainsi, le *Règlement du Conseil des Affaires d'Etat sur les Investissements Etrangers dans le Domaine de la Vente au Détail* du 23 novembre 1992 autorise en principe les investisseurs étrangers à créer en Chine des *grands magasins sous forme de sociétés mixtes*.

Toutefois, la constitution de ces sociétés est limitée à quelques grandes villes, telles que Beijing, Shanghai, Tianjin, Guangzhou, Dalian et Qingdao, et aux cinq Zones Ectodermiques Spéciales. La réglementation sur ce point devrait d'ailleurs évoluer rapidement. Dans le principe très contraignant de la loi, ces projets doivent tous être approuvés par le Conseil des Affaires d'Etat. Par ailleurs, les sociétés mixtes constituées sont assujetties à des contraintes en termes de volume, puisque seulement 30 % des produits vendus par les grands magasins gérés par la société mixte peuvent être des produits importés.

Depuis la promulgation, le 30 septembre 1996, du *Règlement relatif aux Sociétés Mixtes de Commerce International*, de véritables sociétés de commerce international peuvent être constituées dans la zone de Pudong à Shanghai ainsi que dans la Zone Economique Spéciale de Shenzhen pour importer, exporter et vendre sur le territoire chinois. Outre les contraintes d'établissement, les *sociétés mixtes de commerce international* présentent l'inconvénient pour le partenaire étranger de ne pouvoir détenir qu'une participation minoritaire du capital social et d'être soumis à des conditions de capitalisation assez importantes.

La création de sociétés mixtes de commerce international n'est pas un fait totalement nouveau: préalablement au Règlement du 30 septembre 1996 ' les sociétés étrangères étaient déjà autorisées à constituer dans les zones de libres échanges chinoises (zones sous douanes) des *sociétés à objet purement commercial*. Dans la zone de libre échange de Waigaoqiao à Shanghai, cette forme de société s'est considérablement développée depuis deux ans et constitue une formule intéressante pour commercialiser des produits étrangers, sur le territoire douanier commun.

## Conclusion

Presque tous les secteurs de l'économie chinoise sont progressivement ouverts aux capitaux étrangers et libéralisés. Le souhait des autorités chinoises d'accéder à l'Organisation Mondiale du Commerce et les efforts déployés à cette fin, laissent envisager une évolution similaire s'agissant du commerce international et de la distribution en Chine pour les sociétés étrangères.

0319

# QUELQUES ASPECTS PRATIQUES DE LA DISTRIBUTION EN CHINE

par **Dominique JALENQUES**

*Avocat à la Cour*

*Cabinet Jalenques, Boyer Cbammard et Associés*

**D**istribuer son produit en Chine suppose préalablement une bonne appréhension du marché en cause. Il convient tout d'abord de prendre conscience de la pluralité du marché chinois: il n'y a pas un marché chinois, mais des marchés.

L'entreprise doit d'abord précisément déterminer sur quel segment de marché elle veut être présente.

Elle doit ensuite intégrer le fait qu'il faut envisager la Chine comme une démarche à long terme. Il existe en effet une très forte pression sur les prix, ce qui rend extrêmement difficile d'obtenir rapidement un retour sur investissement.

En tout état de cause, devant les difficultés qui existent dans tous marchés émergents, il faut avant tout rechercher des solutions pragmatiques même si elles ne sont que partiellement satisfaisantes.

Ce pragmatisme est d'autant plus vital que ce marché évolue très vite et qu'il est très instable.

## I. - Le distributeur

L'étude du cadre juridique propre à la distribution a permis de constater qu'il était obligatoire dans la plupart des cas de passer par l'intermédiaire d'un interlocuteur autorisé, entreprise ou personne physique chinoise. Le système antérieur, qui n'offrait d'autre choix, tant pour l'exportation que pour la distribution, que de passer par une corporation d'Etat avait un mérite : celui de la simplicité. Désormais, et c'est la rançon d'une certaine liberté, il faut faire des choix.

### A. - L'embarras du choix.

#### 1) Corporation étatique ou entreprise privée?

Hier, on n'avait comme interlocuteur obligé que des corporations d'Etat qui payaient rubis sur l'ongle.

Aujourd'hui, on est confronté à une multitude d'interlocuteurs qui sont soit les corporations d'Etat, soit des entreprises privées. Actuellement, on estime qu'environ 70 % des grossistes sont des corporations d'Etat et 30 % des interlocuteurs privés. Les uns comme les autres présentent leurs avantages et leurs inconvénients.

Le recours aux corporations d'Etat, constitue la solution de facilité, mais s'avère globalement inefficace. La corporation est en effet plus animée par un esprit de plan, que par un véritable esprit de marché. Ensuite, les corporations présentent un caractère essentiellement régionale et ne rayonnent pas sur la totalité du territoire.

En revanche, dans une perspective à long terme, elles présentent l'avantage d'une certaine pérennité. En outre, et cette fois-ci à court terme, elles apportent

rapidement un certain noyau de clientèle. Enfin, comme elles payent généralement bien, le risque financier est faible.

Cependant si l'on veut mettre en distribution un produit de grande consommation on trouvera plutôt avantage à se tourner vers une entreprise privée, plus souple.

L'inconvénient est que ces entreprises veulent gagner de l'argent très vite et ne se situent nullement dans une perspective à long terme.

Néanmoins on peut attendre de la part du distributeur une attitude commerciale agressive, une intervention plus poussée et une plus grande aptitude à être près du marché.

#### 2) Distributeur exclusif ou non exclusif?

Se pose nécessairement la question de savoir si l'on doit avoir recours à un distributeur exclusif ou non exclusif ?

Si l'on opte pour la solution d'un distributeur entreprise privée, l'exclusivité représente un danger car cette entreprise peut changer rapidement et la distribution risque d'être décapitée.

Autre conséquence, à terme, c'est le distributeur qui risque de devenir le véritable maître de l'affaire et ce d'autant plus qu'il faut accepter au départ de lui laisser une assez grande liberté de manœuvre. En particulier, il peut faire des choses qu'il serait impossible de faire soi-même et trouver des solutions qui ne seront accessibles qu'à lui même.

L'exclusivité semble la solution retenue par la majorité des entreprises occidentales actuellement.

En revanche, la non exclusivité à l'avantage de permettre une meilleure maîtrise de la distribution, dans le sens où l'on mettra plusieurs distributeurs en concurrence, avec l'inconvénient cependant qu'ils sont susceptibles de rivaliser entre eux avec des moyens qui risquent d'être préjudiciables à l'image du produit.

### B - Le contrôle du distributeur relatif à l'image du produit.

Pour certains types de produits et au moins au départ, le consommateur ne va pas savoir apprécier véritablement la qualité.

Il faut donc lui apprendre à l'apprécier.

Pour cela, il faudra s'aider de l'image, car au moins dans un premier temps le consommateur chinois ( mais il n'est pas le seul dans ce cas) se fie d'abord à l'image et non à la qualité. Ce qui a pour résultat notamment que le cognac français est aujourd'hui concurrencé par le whisky, la qualité spécifique du cognac n'ayant pas suffisamment été mise en avant.

La question se pose donc de savoir s'il convient de faire beaucoup de publicité pour imposer et maintenir son image ?

La réponse à cette question est sans doute positive, et une telle publicité répondra de plus aux attentes du distributeur. Cependant il faut veiller à ce que cette image soit en cohérence avec la capacité du distributeur à assurer l'écoulement des produits sur le marché. Il faut prendre en compte également le coût assez élevé de la publicité.

Il faut en outre s'assurer de la cohérence de l'image et du respect strict du logo et se méfier des diverses fantaisies qui peuvent se substituer à l'image que l'on souhaite donner à son produit. Cette question nécessite une vigilance de chaque jour. Il y a un grand risque en effet à voir décliner son image sous toutes sortes de formes. Il s'agit d'un des points essentiels parmi ceux qui devront figurer dans le contrat de distribution.

En ce qui concerne spécifiquement la marque et la prévention de la contrefaçon, il y a lieu simplement de rappeler que l'expérience prouve qu'il est non seulement nécessaire de déposer sa marque, mais de plus de la déposer sous toutes ses formes et expressions.

## **II. - Quelques contraintes et spécificités chinoises**

Le marché chinois présente des difficultés, comme tous les marchés.

Deux points nous semblent mériter une attention particulière : la logistique et les hommes.

### **A. - La logistique.**

C'est un élément très important à prendre en considération.

En effet, le réseau ferroviaire est actuellement saturé. En outre, il a été construit politiquement et non économiquement.

Les autoroutes sont à elles sont encore peu nombreuses, environ 2100 km aujourd'hui, et les véhicules sont lents - en moyenne 70 km / Heure - et chers.

On peut envisager également dans la zone côtière le cabotage ou le transport fluvial, moins chers, mais encore plus lents.

Ces mauvais réseaux de transport sont synonymes de délais. Souvent, l'entreprise sera confrontée à des problèmes de place sur le train, de pertes provisoires et d'indisponibilité temporaire des produits qui seront la cause de nombreuses incertitudes.

Compte tenu de ces éléments, en ce qui concerne le transport, il est très difficile de trouver la meilleure solution. A cet égard le distributeur sera le plus souvent le plus à même de rechercher la solution la plus appropriée et il est donc important de lui laisser une certaine latitude et notamment le soin de réceptionner les produits dès leur arrivée en Chine.

Il faut également compter avec les dommages causés aux marchandises transportées. On estime qu'environ 15 % des produits sont endommagés en cours de transport.

La meilleure solution est donc dans un premier temps de sous traiter l'activité logistique.

### **B - Les hommes.**

Avec la qualité de l'image, trouver des hommes reste le point le plus important et pourtant ce point est le plus souvent négligé par les entreprises occidentales. Et si l'on veut s'assurer d'une bonne qualité des hommes, il faut en payer le prix. Il ne faut pas vivre sur la fausse idée sous cet angle là, que la Chine n'est pas chère.

Il faut compter environ 40.000 \$ par an pour un bon vendeur. Et les bons vendeurs ne sont pas légion. Ainsi, les jeunes étudiants qui sortent actuellement des universités chinoises sont relativement peu nombreux. En outre, il y a actuellement peu de formations académiques, car on trouve beaucoup de jeunes dont l'éducation a été très négligée du fait de la révolution culturelle.

Une fois recrutée, il faut beaucoup de temps pour former une équipe et il faut tenir compte des différences de culture dans la force de vente.

Un Européen attendra des initiatives et des responsabilités.

En Chine, la responsabilité sera plutôt considérée comme plus ou moins collective. E y a peu d'initiative personnelle. En outre, l'approche chinoise apparaîtra parfois déroutante à des esprits occidentaux.

Il est difficile d'embaucher des employés des sociétés d'Etat qui jouissent selon leur expression d'un "bol de fer". L'entreprise d'Etat effectivement leur assure, entre autres avantages, le logement qui est l'élément essentiel de la rémunération. Embaucher un employé d'une entreprise d'Etat, amène à lui proposer au moins le doublement de son salaire. Mais cela ne suffira pas encore, car il va perdre son logement. Il faudra donc en outre le lui payer et cela viendra encore s'ajouter à sa rémunération.

De plus, les Chinois, comme les Français d'ailleurs, ont souvent peu de goût pour la mobilité.

Il faut enfin prendre en compte le fort taux de rotation des employés. Souvent, le passage dans une entreprise étrangère leur donne une expérience qu'ils vont monnayer ailleurs par la suite. Mais la faute n'en revient pas toujours à l'intéressé car souvent il ne lui est proposé qu'un emploi sans plan de carrière qui amènera l'employé à la désillusion. L'emploi dans une société étrangère sera considéré au départ comme une promotion et l'employé chinois s'imaginera rapidement en homme d'affaires pour réaliser, peu de temps après, qu'on lui demandera de passer la majeure partie de son temps sur la route. Quand il le réalisera, il s'en ira.

Il est donc essentiel de bien former et de dire exactement aux employés ce qu'ils auront à faire. Il n'est pas tellement conseillé, sauf absolue nécessité, de les envoyer à l'étranger où leur expérience ne sera pas transposable en Chine. En outre, de retour dans leur pays ils peuvent être tentés de faire pression sur l'entreprise pour demander des augmentations déraisonnables de salaire.

\*  
\*\*

Voilà, quelques éléments pratiques à prendre en considération si l'on veut distribuer des produits sur le marché chinois. Ils ne sont pas exhaustifs mais, ils peuvent permettre d'éviter quelques erreurs de jeunesse qui susceptibles de coûter fort cher.

# RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

## LES DERNIERS DÉVELOPPEMENTS DE L'ARBITRAGE CHINOIS APRES LA LOI DE 1994

par Jacques SAGOT

*Avocat au Barreau de Paris, ancien membre du Conseil de l'Ordre*

*Cabinet SAGOT & MAINTRIEU-FRANTZ Associés*

A l'occasion du colloque organisé le **28 octobre 1997** sur le thème: " Entreprise : comment résoudre vos différends commerciaux en Chine? " Par l'**A.F.C.D.E.** et le **C.C.P.I.T.**, avec le concours des plus hautes personnalités de l'arbitrage en **FRANCE** et en **CHINE** et les cabinets **GIDE, LOYRETTE, NOUEL** et **COUDERT**, les participants ont pu constater combien l'importance des influences externes dans l'évolution du droit chinois est particulièrement marqué dans le domaine de l'arbitrage commercial international chinois.

Les règles procédurales de la **CIETAC**, modifiées quatre fois ces dix dernières années, ont ainsi tendu à se rapprocher de celles des systèmes d'arbitrage occidentaux jusqu'à en apparaître aujourd'hui peu éloignées.

La décision, il y a plusieurs années, de la Chambre de Commerce International de **CHINE (C.C.P.I.T.-C.C.O.I.C.)** d'être membre de la Chambre de Commerce Internationale, en est également l'expression.

C'est ce que n'ont pas manqué de souligner Madame le Premier Président **ROZES** et Monsieur le Professeur **FOUCHARD**, dans leurs remarquables interventions, qui ont relevé pour autant les domaines dans lesquels il serait souhaitable que le système d'arbitrage chinois et son application par la juridiction étatique se rapprochent encore davantage du principe de liberté des parties.

Monsieur **TANG Houzi**, Vice-Président de la **CIETAC**, qui a contribué depuis de très nombreuses années à la création et au développement d'un système de l'arbitrage commercial international en **CHINE**, a exprimé sa volonté personnelle d'une telle évolution.

Il semble bien que cette évolution rapide du régime de l'arbitrage commercial international chinois soit pour une bonne part à l'origine de la loi de la RPC sur l'arbitrage du **31 août 1994**.

### I. - Le nouveau contexte de l'arbitrage en Chine

Avant **1994**, l'arbitrage en **CHINE**, sauf en cas d'arbitrage international, n'était en fait que la médiation administrative. Les institutions arbitrales pouvaient être saisies sans convention d'arbitrage. En plus, la volonté des parties ne jouait pas dans le choix de l'institution arbitrale ou de la procédure arbitrale, encore moins dans le choix de la loi applicable. En contrepartie, les sentences arbitrales pouvaient toujours faire l'objet d'un recours devant un Tribunal judiciaire.

Le mérite de la loi sur l'arbitrage de **1994** est d'avoir eu le courage d'abandonner radicalement cet ancien régime et d'avoir installé un régime qui s'est inspiré de différents régimes occidentaux et, notamment, de l'expérience acquise dans l'arbitrage international par la **CIETAC**.

Les principales caractéristiques du nouveau régime sont les suivantes:

#### 1) *Unification sur le plan réglementaire et institutionnel:*

La loi de **1994** a rendu caduques toutes dispositions relatives à l'arbitrage élaborées avant son entrée en vigueur et incompatibles avec elle. En même temps, elle précise que les commissions d'arbitrage, seule forme organique d'arbitrage autorisée en **CHINE**, ne peuvent être constituées que selon les conditions imposées par la nouvelle loi, dans les chefs-lieux de province et dans un nombre limité d'autres villes importantes, avec un règlement d'arbitrage unifié.

De telles dispositions ont comme conséquence logique de faire table rase de toutes les anciennes institutions arbitrales chinoises avec leur règlement d'arbitrage, à l'exception de la **CIETAC** et de la **CMAC** (Chine

Maritime Arbitration Commission) qui ne sont pas affectées, grâce à une dérogation que le chapitre 7 de la loi accorde à l'arbitrage international.

L'organisation actuelle de l'arbitrage chinois est devenue ainsi étrangement simplifiée, avec un nombre limité de commissions d'arbitrage agréées et un règlement d'arbitrage nationalement unifié dans le cas d'arbitrages internes.

### *2) Indépendance des commissions d'arbitrage.*

La nouvelle loi veut que les commissions d'arbitrage soient indépendantes, non seulement à l'égard de l'Administration, mais aussi entre elles-mêmes. Cela est certainement louable parce que l'indépendance du Tribunal Arbitral constitue l'un des principes fondamentaux de l'arbitrage commercial moderne.

Cependant, il est encore difficile d'apprécier la portée exacte de cette indépendance accordée aux commissions d'arbitrage chinoises. Aucune organisation en **CHINE** ne pouvant échapper effectivement au contrôle de l'Administration et de la direction unique du Parti Communiste, on peut se demander si ces commissions d'arbitrage ne vont pas subir le même sort que les tribunaux judiciaires chinois, qui sont indépendants de nom, mais ont en fait les mains liées.

### *3) Distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international,*

Dans le nouveau régime, les dispositions relatives au déroulement de la procédure arbitrale proprement dite sont communes et applicables désormais indifféremment à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international.

Cependant, la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international existe toujours et n'est pas prête à disparaître.

La loi de **1994** a ainsi consacré tout un chapitre (le chapitre 7) à l'arbitrage international, lui accordant un certain nombre de dérogations concernant, en particulier, l'organisation des commissions d'arbitrage international, la qualité des arbitres, l'élaboration de leur règlement d'arbitrage, le procès verbal de leur audience, etc.

Les mécanismes qui diffèrent le plus entre l'arbitrage international et l'arbitrage interne sont sans aucun doute ceux du recours en annulation de la sentence et du contrôle exercé par le Tribunal judiciaire au moment de l'exécution forcée.

Pour les sentences arbitrales internationales prononcées par une commission d'arbitrage chinoise, la demande en annulation et le contrôle au moment de l'exécution forcée sont régis par les dispositions de l'article 260 du Code de Procédure Civile de **1991**, qui limitent la recevabilité de ces deux recours dans quelques cas précis, semblables à ceux prévus par la convention de **NEW YORK de 1958**.

Par contre, les sentences arbitrales internes sont soumises à un contrôle judiciaire beaucoup plus sévère, non seulement en matière de procédure, mais aussi sur le fond.

Ainsi l'arbitrage international continue à bénéficier, tout comme dans de nombreux autres pays, d'un traitement plus libéral que l'arbitrage interne.

### *4) Respect limité de la volonté des parties.*

Longtemps ignoré dans l'arbitrage interne chinois, le principe du respect de la volonté des parties semble désormais reconnu par le nouveau régime : tout

arbitrage, interne ou international, doit être fondé sur une convention d'arbitrage écrite conclue librement entre les parties ; en cas d'existence d'une convention d'arbitrage, les tribunaux judiciaires doivent se déclarer incompétents pour le litige concerné.

Les parties peuvent également choisir leur arbitre, la commission d'arbitrage à saisir et le lieu d'arbitrage, ainsi que la loi applicable en cas d'arbitrage international.

Mais l'exercice de ces droits doit, dans la pratique, être relativisé en raison de l'existence de nombreuses restrictions: interdiction de l'arbitrage ad hoc, obligation de choisir les arbitres uniquement sur la liste d'arbitres de la commission d'arbitrage saisie, règlement d'arbitrage unique, etc.

### *5) Principe de décision arbitrale sans appel, mais tempéré.*

Contrairement à l'ancien régime d'arbitrage interne, le nouveau régime a établi le principe absolu de décision arbitrale sans appel, allant ainsi plus loin que de nombreuses législations occidentales, dont celle de la **FRANCE**.

Toutefois, ce principe de décision est considérablement atténué dans le cas de l'arbitrage interne, du fait de l'existence du double mécanisme de contrôle judiciaire mentionné plus haut. Le caractère définitif des sentences arbitrales internes est de ce fait plus théorique que réel.

### *6) Régime de reconnaissance et d'exécution des sentences étrangères inchangé,*

Le grand bouleversement du régime arbitral chinois en **1994** n'a toutefois pas remis en cause le régime chinois de reconnaissance et d'exécution des sentences étrangères.

En fait, la loi de **1994** n'a pas abordé cette question, qui reste soumise aux dispositions de l'article **269** du Code de la procédure Civile de **1991**. Comme la **CHINE** est signataire de la Convention de **NEW YORK de 1958**, le contrôle exercé par le Tribunal judiciaire chinois se limitera, à l'égard des sentences arbitrales prononcées par un Tribunal Arbitral d'un autre Etat signataire et dont la reconnaissance et l'exécution en **CHINE** ont été demandées, aux cas limitativement énumérés par la Convention de **1958**.

A préciser que l'interdiction en **CHINE** de l'arbitrage ad hoc n'empêche pas la reconnaissance et l'exécution en **CHINE** d'une sentence prononcée par un Tribunal ad hoc d'un autre Etat signataire, sous réserve que la loi applicable admet un tel arbitrage ad hoc.

## **II. - Les principales nouveautés du règlement d'arbitrage CIETAC 1995**

Bien que la loi de **1994** n'ait pas mis en cause l'essentiel du régime d'arbitrage **CIETAC**, celui-ci n'en a pas moins été amené à faire des ajustements nécessaires par son nouveau Règlement d'Arbitrage de **1995** pour tenir compte des nouveaux mécanismes imposés par cette loi.

### *1) Compétence plus réduite sur la question de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage.*

Le Règlement d'Arbitrage **1994** avait prévu que la **CIETAC** avait le droit de statuer sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage, et que toute contestation

contre sa compétence n'était plus recevable après le dépôt par le défendeur de ses premières conclusions sur le fond. La loi chinoise alors en vigueur n'ayant pas de dispositions précises sur cette question, la **CIETAC** en était le seul maître.

Cette compétence quasi exclusive de la **CIETAC** a été mise en cause par la loi de 1994 avec le principe de la primauté du Tribunal judiciaire sur la question de la validité de la convention d'arbitrage, à savoir qu'en cas de contestation de la validité d'une convention d'arbitrage, si l'une des parties s'adresse à la commission d'arbitrage et l'autre s'adresse au Tribunal judiciaire, le Tribunal judiciaire est seul compétent. Le Règlement d'Arbitrage **CIETAC 1995** a dû incorporer ce principe dans son article 4.

En outre, la contestation de la compétence de la **CIETAC** peut désormais être valablement soulevée jusqu'à l'ouverture de la première audience.

### *2) Plus grande liberté des parties dans le choix des arbitres*

L'ancien Règlement d'Arbitrage donnait au Président de la **CIETAC** le pouvoir exclusif dans la nomination du troisième arbitre. Ce pouvoir était d'autant plus important que la **CIETAC** pratique le régime du président tiers arbitre.

Comme la loi de **1994** a installé un mécanisme qui respecte davantage la volonté des parties dans le choix du troisième arbitre, le Règlement d'Arbitrage **1995 de la CIETAC** est tenu de laisser tout d'abord les deux parties rechercher un accord sur la nomination du troisième arbitre. Ce n'est qu'après l'échec de cette tentative que le Président de la **CIETAC** pourra intervenir.

L'attitude de la **CIETAC** quant à la composition du Tribunal Arbitral est assez ouverte. Dans un litige soumis à la **CIETAC** entre une société italienne et une société chinoise dans lequel la clause compromissoire prévoyait la désignation d'un Président du Tribunal Arbitral suédois, le Tribunal Arbitral a été constitué par un arbitre italien, un arbitre chinois et un Président suédois.

### *3) Possibilité désormais d'un recours en annulation contre la sentence.*

Avant la loi de 1994, une sentence arbitrale internationale rendue dans le cadre de la **CIETAC** ne pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire que lors de sa demande d'exécution forcée.

Désormais, elle peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas précisés par la loi devant un Tribunal judiciaire. Pour autant, elle jouit encore d'un traitement préférentiel par rapport aux sentences arbitrales internes, car le recours en annulation contre la sentence arbitrale internationale de la **CIETAC** est régi par les dispositions de l'article 260 du Code de Procédure Civile de 1991, dont la recevabilité est beaucoup plus restrictive par rapport au recours en annulation contre la sentence arbitrale interne, régie par les dispositions du chapitre V de la loi sur l'arbitrage de 1994.

### *4) Elargissement du pouvoir du secrétaire général*

Dans le régime d'arbitrage **CIETAC**, le secrétariat joue un rôle essentiel: la requête en arbitrage, la communication des documents procéduriers, la correspondance entre le Tribunal et les parties, la fixation des délais, enfin toute la gestion de la procédure est assurée par cet organe.

Le Règlement d'Arbitrage **1995** semble aller encore plus loin en ce sens, notamment par l'élargissement des pouvoirs du Secrétaire Général. C'est ainsi que le Secrétaire Général a les attributions non seulement de diriger le tout puissant secrétariat, mais aussi de décider du choix du lieu d'arbitrage, ainsi que sur la demande de désistement avant la constitution du Tribunal Arbitral et sur la demande de prolongation du délai de clôture de la procédure arbitrale.

Le Règlement d'Arbitrage **CIETAC** de **1995** comporte certes encore bien d'autres nouveautés dues à la promulgation de la loi sur l'arbitrage de **1994** ou simplement à un souci d'amélioration, mais elles sont de moindre importance.

Après tant de refontes successives du Règlement d'Arbitrage **CIETAC**, doit-on en attendre d'autres ? Ou peut-on croire qu'il arrive enfin à sa maturité ?

Les débats qui se sont déroulés au cours du colloque du **28 octobre 1997** conduisent à penser que de nouvelles dispositions devraient encore intervenir dans l'avenir, pour répondre aux préoccupations des opérateurs internationaux en **CHINE**, afin que l'arbitrage **CIETAC** puisse être de plus en plus considéré par les parties comme répondant à leur souci de liberté contractuelle.

## CONCLUSION

0305

# *COMMENT LES ENTREPRISES ÉTRANGÈRES VONT-ELLES PROFITER DES RÉFORMES EN COURS*

**par Georges FLECHEUX**

*Ancien Bâtonnier du Barreau de Paris,*

**I**l y a plusieurs siècles qu'à travers la route de la Soie, l'Empire du Milieu échange des produits et des idées avec le monde occidental ; mais ces échanges se sont singulièrement accélérés depuis quelques décennies. Comme tous les échanges, ceux qui sont en train de se développer sont particulièrement fructueux pour le commerce international, mais aussi pour le développement d'un droit du commerce international. Nous avons, lors de notre colloque, essentiellement étudié les conditions dans lesquelles les **PME et PMI** européennes pouvaient développer des relations avec des industriels et des commerçants chinois.

Ces allers-retours expriment bien le mouvement de la vie du commerce international.

Mais au-delà de ces considérations spécifiques aux problèmes étudiés dans le cadre de la Chambre de Commerce de Paris, comment ne pas relever, d'une manière générale, l'extraordinaire développement de la **CHINE** moderne. L'enrichissement de la population est visible dans la rue pour tous ceux qui connaissent cet immense pays depuis plusieurs années.

Les experts estiment que, dans une vingtaine d'années, la **CHINE** sera l'une des premières puissances économiques dominant tout le monde asiatique.

Ce ne sont pas les incidents récents du marché monétaire dans la zone du Sud-Est asiatique qui infirment, semble-t-il, cette opinion. En effet, ce que la crise a fait apparaître, c'est l'absence d'unité de la zone du Sud-Est asiatique et non pas la faiblesse de la **CHINE**. Il est vrai que **HONG-KONG** et **TAIWAN** sont des acteurs fondamentaux du redressement chinois. Certains peuvent même penser que **SHANGHAI** prendra assez rapidement le pas sur l'un et l'autre de ces deux "auxiliaires" économiques de la **CHINE** continentale. En tout cas, c'est par l'intermédiaire de **HONG-KONG** et **TAIWAN** que transitent beaucoup d'exportations de biens et de services vers la **CHINE** ou hors de la **CHINE**. Ces deux centres économiques affirment leur autonomie et leur liberté vis-à-vis des contraintes bureaucratiques.

Les grands travaux actuellement entrepris vont permettre de donner à cet immense continent les moyens, non seulement de produire, mais d'équiper l'ensemble de

la population. Le développement urbain de la **CHINE**, qui est tout à la fois étonnant et inquiétant pour l'observateur occidental, implique que la **CHINE** soit donc capable de s'équiper en réseaux d'eau et d'électricité. Ce à quoi veulent répondre les grands travaux sur le **Yang Tsé Kiang**.

C'est ce développement rapide de l'ensemble du monde chinois qui constituait "la toile de fond" du colloque organisé par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris où s'il s'agissait plus précisément de se pencher sur les règles de droit utiles à l'opérateur économique, responsable de **PME ou PMI**.

On a dit à plusieurs reprises que la relation commerciale avec le monde chinois était marquée par une nécessaire confiance réciproque. Monsieur Jacques **SAGOT** a beaucoup insisté sur cet aspect mais ceci n'empêche que, s'agissant d'apprécier d'éventuels contentieux, comme l'a souligné M. Jean **THIEFFRY**, le contrat est l'instrument nécessaire des relations économiques ; le jour où le contrat est signé, qu'une clause compromissoire a défini une procédure de solution des litiges, les arbitres du commerce international appliqueront le contrat et le droit auquel ce contrat se trouve rattaché.

En acceptant cette conséquence théorique, les autorités chinoises s'inscrivent elles-mêmes dans une évolution d'ensemble vers un développement du droit commun du commerce international.

Au cours de ces débats, nous avons pu prendre conscience de la tension qui existe entre la volonté de changer et la volonté de ne pas changer, entre le besoin d'imaginer et le besoin d'être rassuré, entre l'international et le national.

Opérer dans le monde asiatique, pour un commerçant ou un industriel français, n'est pas une chose évidente. Il doit manifester la plus grande aptitude à l'écoute de son partenaire. Il doit montrer les vertus de la patience. Il doit se demander ce que le partenaire attend de lui mais l'un comme l'autre doivent admettre la nécessité d'un contrat. On ne peut pas substituer à une définition claire des obligations contractées un sentiment de sympathie et de confiance. C'est la raison pour laquelle les

industriels et les commerçants doivent, dans ce domaine, apprendre à réfléchir comme dans un jeu d'échecs.

Cette attitude se complique singulièrement à raison du fait que le tissu économique chinois change profondément. Le secteur public est en train de s'effacer au bénéfice du secteur privé. L'état devient commerçant ou laisse ses représentants être des commerçants ; le génie commercial des opérateurs chinois peut s'exprimer. C'est un changement radical des mentalités. Ce qui préoccupe actuellement le juriste chinois, ce sont les modalités et les effets de la privatisation, de la transformation d'établissements d'Etat en établissements privés de production, s'insérant dans une économie de marché. L'expérience acquise il y a dix ou quinze ans dans cet immense empire n'est peut-être pas garante d'une bonne intelligence d'aujourd'hui.

Tous ceux qui s'intéressent au commerce avec la **CHINE** ont pu s'apercevoir du profond changement économique. Dès lors, le mérite de ce colloque a été de faire comprendre par tous ceux qui s'intéressent aux relations avec la **CHINE** qu'il n'est pas simple de faire travailler ensemble les gens qui ont des formations et des éthiques très substantielles différentes.

On a parlé du droit des marques; on a perlé du droit de la distribution; ce sont les instruments nécessaires à la pénétration du marché chinois. Ces notions ne sont pas évidentes pour le commerçant ou l'industriel chinois. Il faut donc prendre la peine d'explorer loyalement avec la partie contractante l'ensemble des conséquences dont certaines peuvent nous apparaître évidentes. La loyauté dans les contrats suppose cet effort d'information réciproque. La loyauté dans les contrats suppose cet effort d'information réciproque, la volonté de comprendre ce que veut l'autre et de faire comprendre ce qu'il est possible d'offrir, et suivant quelles normes.

Ceci explique d'ailleurs l'option des juristes chinois pour un droit codifié auquel toute convention est supposée faire référence. Ce ne sera pas se comporter de bonne foi dans un contrat que d'essayer de laisser l'autre partie s'enfermer dans des obligations inexécutables. Les deux parties doivent avoir la volonté de voir le contrat s'exécuter dans de bonnes conditions.

Et là, tout environnement juridique change. Il a changé et il changera. L'augmentation considérable du nombre des avocats chinois, leur parfaite formation, souvent faite aux Etats-Unis, montre que l'évolution de la connaissance du droit est liée au développement économique.

Un industriel ou un commerçant européen doit expliquer au partenaire chinois la nécessité de bien comprendre ses obligations qui vont se développer dans un contexte juridique légal ou réglementaire nouveau.

C'est la raison pour laquelle les juristes ont de singulières responsabilités aux côtés de ceux qu'ils assistent pour assurer une bonne intelligence réciproque des obligations.

Peut-être faut-il souligner qu'une question n'a guère été abordée lors de notre colloque. C'est celle du droit de la concurrence. Or, si la loi du **2 septembre 1993** a commencé à mettre en place un embryon du droit de la concurrence en **CHINE**, il reste que l'ensemble des marchés passés avec l'Union Européenne est susceptible d'être affecté par cet aspect du droit communautaire.

Nous ne sommes pas encore dans une véritable économie de marché. La **CHINE** s'y dirige à raison du rôle que veut se réserver le pouvoir politique et en vérité, tous ceux qui ont de l'admiration pour nos amis chinois, pour leur capacité de travail, leurs formidables facultés créatrices, doivent se rendre compte qu'en coopérant avec eux, ils leur enseignent une manière d'être dans le commerce international. Nous contribuons ainsi avec eux à la création d'un véritable droit commun du commerce international.