

Gazette du Palais

OCTOBRE 2004

LA CHINE ET LE DROIT

Sous l'égide de l'Association Franco-Chinoise pour le Droit Economique (AFCDE)
Avec le concours de l'Association des Juristes et Economistes Chinois en France (AJECF)

LA CHINE ET LE DROIT EN 2004 : vers une légalité renforcée

Sous la direction de Jacques Sagot
Membres : Pierre Borra, Yves Dolais, Xiaoying Han et Hanqi Xie



Ambassade de France en Chine / Jérôme Chamont

(sommaire détaillé en pages 2 et 3)

La présente édition bilingue, supplément à notre publication du 17 juillet 2004, comprenant les textes en français – pages 2 à 77 – et la traduction en langue chinoise de ces textes – pages 78 à 124, a été réalisée avec le soutien du Ministère Français des Affaires étrangères.

ÉDITEUR
GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE
LA GAZETTE DU PALAIS
LE JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
FRANÇAISES PAR ACTIONS
SIÈGE SOCIAL : 3, BLD DU PALAIS
75180 PARIS CEDEX 04
R.C.S. PARIS C 383 314 671

GAZETTE DU PALAIS
SOCIÉTÉ HARLAY
ADMINISTRATEUR : FRANÇOIS PERREAU
S.A. AU CAPITAL DE 75.000 €
ACT. S.A. GAZETTE DU PALAIS ET DU NOTARIAT
AU CAPITAL DE 292.702 €
3, BLD DU PALAIS 75004 PARIS
R.C.S. PARIS B 343 817 300

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS
SOCIÉTÉ DE PUBLICATIONS
ET DE PUBLICITÉ POUR LES SOCIÉTÉS
P.-D.G. CHARLYNE LESEUR
S.A. AU CAPITAL DE 216.000 €
8, RUE DE SAINT-AUGUSTIN
75008 PARIS CEDEX 02
R.C.S. PARIS B 552 974 627

**LA CHINE ET LE DROIT
EN 2004**
Vers une légalité renforcée



Présentation	4
par S.E. Philippe Guelluy, Ambassadeur de France en Chine	
Préface	5
par S.E. Zhao Jinjun, Ambassadeur de Chine en France	
Introduction	
L'ASSOCIATION FRANCO-CHINOISE POUR LE DROIT ÉCONOMIQUE, UNE OUVERTURE DE PLUS EN PLUS GRANDE POUR LA COOPÉRATION JURIDIQUE ENTRE LA FRANCE ET LA CHINE	6
par Jacques Sagot, Président de l'Association Franco-Chinoise pour le Droit Économique (AFCDE)	
I. L'évolution du monde juridique chinois	
LE DROIT EN CHINE : VERS UNE LÉGALITÉ FORMELLE ET EFFECTIVE	7
par Yves Dolais et Banggui Jin	
LA RÉFORME JUDICIAIRE EN CHINE	12
par Pierre Borra et Haifeng Zhao	
VERS UN MODÈLE MIXTE DE LA PROCÉDURE PÉNALE ?	14
par Li Qing Lan	
L'ÉVOLUTION RÉCENTE DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF EN CHINE	17
par Changdao Li et Li Zhang	
VERS UNE ÉVOLUTION DE LA PROFESSION D'AVOCAT EN CHINE	21
par Jérôme Cayol	
EXÉCUTION DES DÉCISIONS JUDICIAIRES ET ARBITRALES EN CHINE	24
par Jacques Sagot et Hanqi Xie	
RÉFLEXIONS SUR LE DROIT PÉNAL CHINOIS DEPUIS LA MISE EN ŒUVRE DU CODE PÉNAL CHINOIS DE 1997	29
par Han Xiao-Ying, Shi Ren-lin et Liu Xiao-peng	
ÉTUDE D'IMPACT SUR L'ENVIRONNEMENT ET INVESTISSEMENT ÉTRANGER	33
par Claude Le Gaonach-Bret	
RÉPONSES DE LA JUSTICE PÉNALE AU DÉFI D'UNE CATASTROPHE SANITAIRE SOUDAINE : ÉTUDES SUR LES « EXPLICATIONS » DES AUTORITÉS JUDICIAIRES SUPRÊMES CHINOISES EN LA MATIÈRE	35
par Bin-zhi Zhao, Jian-ping Lu et Ping Sun	

II. Le droit des affaires chinois et l'harmonisation avec l'OMC

LES APPLICATIONS GÉNÉRALES DE LA LOI DES ACHATS GOUVERNEMENTAUX DE LA RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE	37
par Wei lin Yang	
LA PRISE DE PARTICIPATION ET L'ACQUISITION D'ACTIFS EN RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE PAR LES ENTREPRISES ÉTRANGÈRES	40
par Olivier Lefébure	
AVANTAGES POUR L'INVESTISSEMENT DANS LA CHINE INTÉRIEURE	42
par Shenghui Lu	
LIBÉRALISATION DU RÉGIME CHINOIS DES LICENCES DE TECHNOLOGIE AVEC L'ÉTRANGER	45
par Sybille Dubois-Fontaine	
L'ACTUALITÉ DE LA LÉGISLATION CHINOISE SUR LE CRIME DE BLANCHIMENT D'ARGENT	47
par Zihui Zhang et Yufang Wang	
L'AMENDEMENT DU 25 AOÛT 2000 RELATIF À LA LOI CHINOISE SUR LES BREVETS	49
Par le cabinet Thieffry & Associés Shanghai	
LA PROTECTION ET LA RECONNAISSANCE DES MARQUES NOTOIRES EN CHINE	52
par Paul Ranjard	
MARQUE DÉPOSÉE : NOUVEAUTÉS CONCERNANT SA NOTION ET SA RECEVABILITÉ	54
par Hanqi Xie	
LE RÈGLEMENT DES LITIGES FISCAUX EN CHINE	57
par Christian Louit et Banggui Jin	
L'INFLUENCE DE L'OMC SUR LA RÉFORME FISCALE	60
par Stéphane Vernay et Pierre Wiehn	
LE PERFECTIONNEMENT DU SYSTÈME DE CONTRÔLE BANCAIRE... UNE ANALYSE DE LA RÉFORME DU DROIT BANCAIRE CHINOIS	62
par Liping Lu et Tao Sun	
TRANSPARENCE ET INTÉGRITÉ SUR LE MARCHÉ BOURSIER CHINOIS	66
par Jun Cheng	
LE DROIT DU TRAVAIL EN CHINE : UN DROIT "HORS NORMES" DANS LE CONTEXTE DE L'OUVERTURE DE LA CHINE ET DE L'OMC	71
par Aiqing Zheng	
L'ACCORD COMMERCIAL BILATÉRAL ENTRE LA CHINE ET HONG KONG	75
par Robert Bijloos et Shenghui Lu	

TOUTE REPRODUCTION MÊME PARTIELLE EST INTERDITE, SAUF EXCEPTIONS PRÉVUES PAR LA LOI
 La réalisation de panoramas de presse sur intranet incluant un extrait du contenu de la présente publication est conditionnée à la conclusion d'un accord avec le Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC).

Présentation

Le Barreau de Paris, l'Association Franco-Chinoise pour le Droit Économique et l'Association des juristes et Économistes chinois en France ont pris l'excellente initiative de publier un numéro spécial de la Gazette du Palais consacré à l'actualité du droit chinois.

Je tiens à les en féliciter chaleureusement et à remercier notamment Maître Sagot qui a été l'artisan de ce projet.

Je me réjouis en particulier de voir qu'un grand nombre d'articles ont été écrits par de jeunes juristes chinois étudiants en France, aussi bien sur le droit pénal, que le droit administratif, le droit bancaire, le droit boursier, le droit du travail, etc. J'attache la plus grande importance à l'intensification de la coopération juridique et judiciaire entre la France et la Chine.

Le programme de bourses doctorales, le programme 100 juges, la coopération entre l'Association chinoise des avocats et le Barreau de Paris, le jumelage entre le Tribunal de grande instance et le Tribunal de commerce avec les Cours Supérieures de Pékin et de Shanghai, le programme « *le Droit en Europe* » pour les jeunes professeurs de Droit constituent certes des débuts encourageants. Mais il faut aller plus loin et s'assurer que toutes nos universités juridiques, et pas seulement quelques unes d'entre elles, nouent des liens avec leurs homologues chinoises. Il faut que tous les Barreaux, et pas seulement celui de Paris, soient en contact avec le monde judiciaire chinois. Il faut que nos juridictions les plus prestigieuses rencontrent régulièrement les juridictions chinoises et coopèrent avec elles sur des sujets pratiques et actuels.

Tels sont les voeux que je forme en préface à cette très remarquable publication de la Gazette du Palais.

PHILIPPE GUELLUY
Ambassadeur

Préface

Depuis qu'un partenariat global entre la Chine et la France s'est noué en 1997, les échanges et les coopérations sino-français s'accroissent de jour en jour dans les domaines juridique et économique, dont les perspectives seront encore plus encourageantes.

La France est l'un des pays ayant une longue tradition juridique : le Code Napoléon, le Code pénal et le Code de procédure pénale, ainsi que le régime juridique concernant la légalité administrative, sont tous connus des juristes du monde entier. Ils pourront sans aucun doute inspirer les juristes œuvrant à la construction juridique de la Chine.

Depuis la mise en œuvre de sa politique de réforme et d'ouverture, la Chine attache beaucoup d'importance à l'établissement et à la perfection de son système juridique. Elle s'efforce en effet de construire un État de droit : une orientation demeurant inchangée à l'avenir.

Par conséquent, nous pouvons envisager que le renforcement des échanges et des coopérations juridiques sino-français s'avère bénéfique pour nos deux pays, ce qui leur permet d'ailleurs de se compléter l'un l'autre dans l'amélioration de leur système juridique respectif. Cela sera également favorable au développement du partenariat global entre eux.

Pour atteindre ces objectifs, l'AFCDE (Association franco-chinoise pour le droit économique) et l'AJECF (Association des juristes et des économistes chinois en France) ont déployé tous leurs efforts pour ce numéro spécial de la Gazette du Palais consacré au droit chinois, fruit de leur coopération. Ce numéro est en ce sens bien significatif : il contient non seulement une présentation aux chercheurs, praticiens et grand public français, des progrès récents de la Chine dans le développement de son système juridique et la construction d'un État de droit, mais aussi des propositions constructives de la part des juristes chinois et français.

À l'occasion de la publication de ce numéro spécial de la Gazette du Palais sur le droit chinois, qu'un hommage soit rendu à la coopération amicale et durable des praticiens et des chercheurs juridiques chinois et français !

ZHAO JINJUN
Ambassadeur de la République populaire de Chine en France

Introduction

L'Association Franco-Chinoise pour le Droit Économique, une ouverture de plus en plus grande pour la coopération juridique entre la France et la Chine

Il y a dix-huit ans, une délégation de vingt avocats du Barreau de Paris, conduite par le Bâtonnier Mario Stasi, participait à Pékin à un séminaire de quatre jours, sur le droit économique comparé entre la France et la Chine, organisé avec le ministère Français des affaires étrangères et le ministère Chinois de la justice.

Ce séminaire, qui commençait le jour de Pâques par une messe à la Cathédrale de Pékin, allait connaître un grand succès et faire l'objet d'une publication des Cahiers Juridiques et Fiscaux du CFCE.

Au mois de juillet 1986, l'Association nationale des avocats chinois était créée. Quelques mois plus tard, l'Association Franco-Chinoise pour le Droit Économique était constituée par les vingt avocats du séminaire de Pâques 1986, avec le concours particulièrement actif de M. Wang Liqiang venu passer un diplôme de droit administratif à la Faculté de Paris I grâce à une bourse du Barreau de Paris.

C'était le début d'échanges suivis et multiples entre les avocats français et les avocats chinois dont la profession, jusqu'alors inexistante, se mettait progressivement en place.

En avril 1989, le Secrétaire Général de l' AFCDE présidait le Comité Européen - réunissant le Conseil des Barreaux Européens, l'International Bar Association, l'Union Internationale des Avocats et l'Association Internationale des Jeunes Avocats - organisateur d'un colloque de trois jours à Pékin, avec l'Association Nationale des Avocats Chinois et le Conseil Chinois pour la promotion du Commerce International, sur « *les investissements en Chine* ».

Au fil des années, l' AFCDE, dont l'objet a toujours été d'être un lieu de rencontres, de coordination et d'échanges entre tous les praticiens du droit chinois, a réuni au sein de son comité directeur des magistrats, des juges consulaires, des universitaires, des représentants d'entreprises, ainsi que, bien évidemment, les confrères français installés en Chine.

C'est ainsi que l' AFCDE coopère étroitement depuis de nombreuses années avec l'École Nationale de la Magistrature, le Tribunal de Commerce de Paris et la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris.

Toutes ces actions n'auraient pas été possibles sans le concours de l'Ambassade de France en Chine et de son service culturel avec qui l' AFCDE a notamment mis en place, chaque année depuis

Jacques SAGOT

Avocat au Barreau de Paris

Ancien Membre du Conseil de l'Ordre

Président de l'Association Franco-Chinoise pour le Droit Économique (AFCDE)

1999, les journées annuelles du Droit et de l'Économie, à Pékin et Shanghai.

Grâce au concours de tous les praticiens du droit chinois, universitaires, magistrats, représentants d'entreprises et avocats, l' AFCDE a pu réaliser successivement les numéros spéciaux de la *Gazette du Palais* sur « *Le droit et la Chine* » en 1995, 1997 et 2000, ce dernier numéro ayant également fait l'objet d'une publication en langue chinoise.

Élargissant notre action, nous avons le plaisir, depuis plusieurs années, de coopérer avec l'Association des Juristes et Économistes Chinois en France, co-présidée par M. Han Xiaoying et le professeur Jin Banggui, Association qui parraine la *Revue européenne de droit et d'économie* en langues chinoise et française, dont le concours a été particulièrement précieux pour donner à ce quatrième numéro spécial de la *Gazette du Palais* l'expression de chacune des cultures.

Comme le précédent, le présent numéro spécial fera l'objet d'une publication en langue chinoise.

Dans ce même objectif d'ouverture et de coordination des échanges, l' AFCDE a créé en 2001 avec le concours de la Maison des Sciences de l'Homme un site Internet en langues chinoise et française « www.droitfrancechine.org » ouvert à tous et sur lequel sont notamment mis en ligne les numéros spéciaux de la *Gazette du Palais*.

Je tiens à exprimer ici mes plus vifs remerciements à la *Gazette du Palais*, à l'Ambassade de France en Chine, à l'Ambassade de Chine en France et au Service des affaires européennes et internationales du ministère de la Justice, ainsi qu'aux membres du Comité Directeur de notre association et à notre Chargée de Mission pour le site.

Mes remerciements s'adressent tout particulièrement à M. l'Ambassadeur Zhao Jinjun, M. l'Ambassadeur Jean-Pierre Lafon, M^{me} Isabelle Toulemonde, M. Thierry Schwarz, M. Jean-Claude Thivolle, M. le Bâtonnier Georges Flécheux et M. le Président Pierre Borra, Vice-Présidents de l' AFCDE, M. le président Bernard Piot, M. le Bâtonnier Jean-Marie Burguburu, M. Gilles Antier, MM. les doyens Yves Dolais et Christian Louit, M^{me} Nicolette de Ferrières, M^{es} Robert Bijloos, Robert Guillaumond, Dominique Jalenques, Claude Le Gaonach-Bret, Charles-Henri Léger, Jean Thieffry, Patrick Vovan et Hanqi Xie.

Le droit en Chine : vers une légalité formelle et effective

Yves DOLAIS
Vice-président de l'Université d'Angers

Banggui JIN
Directeur de l'Institut de Recherches
Europe-Asie de l'Université d'Aix-Marseille III

Après les années 80, époque marquée par l'adoption des premières lois sommaires destinées aux investisseurs étrangers et par une dichotomie entre droit applicable aux sociétés étrangères et droit concernant les chinois, puis les années 90, caractérisées par l'élaboration d'un « *État de droit économique* » (1), la Chine avec son adhésion à l'OMC le 11 décembre 2001 est entrée dans l'ère des réformes juridiques fondamentales. Outre l'adaptation de son droit des affaires, les quatre réformes majeures qu'entreprend progressivement la Chine concernent la réforme de la procédure législative, face au désordre normatif, la réforme judiciaire, en raison des carences du système et de ses enjeux, une réforme de codification, avec l'attente d'un Code civil, et la réforme constitutionnelle, socle du système juridique. Ces réformes touchent aux fondements même des structures de l'État et de la société chinoise mais les contraintes et les résistances (2) seront innombrables sur le chemin menant vers un État de Droit (3).

La Chine, devenue un « *État de lois* » (4), a été saisie d'une véritable « *frénésie législative* » (5). En effet, en l'espace d'un peu plus de 20 ans, ont été adoptés et promulgués plus de 370 lois et décisions relatives aux problèmes juridiques de l'Assemblée populaire nationale et de son comité permanent, plus de 800 règlements administratifs (*xingzheng fagui*) établis par le Conseil des Affaires d'État, pas moins de 7000 règlements locaux (*difang xing fagui*) émanant des assemblées populaires provinciales et plus de 30.000 arrêtés ministériels et locaux (*guizhang*) (6). Cette frénésie législative, hélas nécessaire face à un vide juridique, confortée aujourd'hui par les engagements liés à l'entrée dans l'OMC, ne doit pas masquer les difficultés à mettre en œuvre les principes de transparence, d'application uniforme, et d'effectivité.

Les progrès sont réels. L'engouement pour le droit de plusieurs générations de jeunes chinois, le

rôle croissant des juristes dans la société chinoise, l'influence de plus en plus importante d'une doctrine universitaire dont la qualité est aujourd'hui reconnue, qui se voit confier la rédaction de projets de lois, contribuent aux progrès qualitatifs du droit en Chine, tout autant que l'harmonisation internationale de pans entiers de son droit. L'adaptation du droit accompagne l'évolution de la société chinoise. Ainsi un règlement sur l'enregistrement du mariage, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2003, a supprimé l'obligation de remise des attestations fournies par les deux unités de travail des deux personnes concernées tant pour le mariage que pour le divorce. Ce nouveau règlement a accordé également le droit de se marier aux étudiants, mais aussi aux détenus ou prisonniers. De même a récemment été adoptée une loi sur la promotion de l'enseignement privé. L'adhésion de la Chine à l'OMC a aussi déclenché un vaste mouvement d'adaptation des textes tant de portée générale sur le plan national et sur tous les domaines (le Conseil des Affaires d'État, les différents ministères, la Cour suprême et le Parquet suprême) ainsi que de portée locale. La Chine s'est montrée soucieuse à se conformer aux exigences des règles de l'OMC, du moins formellement. Car l'application uniforme des lois notamment en matière de droit des affaires, engagement pris par la Chine lors de l'adhésion à l'OMC, reste toujours très difficile à réaliser, en raison notamment de la tendance aggravée au protectionnisme local et au manque d'efficacité judiciaire.

LA RÉFORME DE LA PROCÉDURE LÉGISLATIVE : VERS UNE HIÉRARCHIE DES NORMES PLUS RIGOUREUSE

L'absence de hiérarchie des normes effective était jusqu'à présent une des critiques majeures faites au système juridique chinois (7). La Chine était confrontée à un véritable désordre normatif. Ce désordre a été aggravé par une confusion dans les

(1) Leila Choukroune, « Chine-OMC, l'État de Droit par l'ouverture au commerce international ? », RDAI n° 6, 2002, p. 657.

(2) Sur les avancées et résistances du système juridique chinois, v. Mireille Delmas-Marty, La construction d'un État de droit dans la Chine d'aujourd'hui. Avancées et résistances, le Dalloz, 2002, n° 32, p. 2484. Leila Choukroune, L'internationalisation du droit chinois des affaires, Revue de Droit des Affaires Internationales, n° 5, 2003, p. 503-523.

(3) V. Leila Choukroune, Chine : l'État de Droit contre la Démocratie, Le Monde, 18 mars 2003.

(4) Jean-Pierre Cabestan, Revue Tiers Monde, 1996, p. 649.

(5) Mireille Delmas-Marty, préc.

(6) Xiaoyang Qiao, dir., Commentaire sur la loi sur l'élaboration des normes juridiques, Éditions de démocratie et de légalité de Chine, Beijing, avril 2000, p. 16.

(7) « Certains ministères et gouvernements locaux avaient tendance à utiliser leur pouvoir normatif à la recherche de leurs intérêts partiels en dépit de l'intérêt général de l'État ; certains règlements et guizhang outrepassaient leur compétence ou étaient contraires aux dispositions législatives ; les contradictions n'étaient pas rares non plus soit entre les règlements administratifs, soit entre les guizhang, ou encore entre les règlements administratifs et les guizhang ; tout cela a porté atteinte à l'unité et à la dignité de la légalité de l'État, et a rendu plus difficile l'application de la loi. » Présentation par M. Angran Gu du Projet de loi sur l'élaboration des normes juridiques faite le 9 mars 2000 devant la 3^e session de la 9^e Assemblée populaire nationale de Chine.

dénominations des textes législatifs et réglementaires. Par exemple, pour les lois stricto sensu, il peut y avoir 7 appellations : *fa* (loi), *jueyi* (résolution), *jueding* (décision), *tiaoli* (règlement), *guiding* (dispositions), *banfa* (solution) et *fang'an* (projet) (8). Pour les règlements administratifs, on peut compter des dizaines de dénominations (9) différentes. Ainsi, *jueding*, *tiaoli*, *guiding*, *banfa* ou *fang'an* pouvaient être très bien utilisés pour qualifier en même temps un texte législatif, un règlement administratif ou encore un règlement local ou un arrêté ministériel (10). Mais depuis le 1^{er} janvier 2002, date de l'entrée en vigueur du Règlement sur l'élaboration des règlements administratifs (voir plus loin), les arrêtés publiés par des Ministères ou des gouvernements locaux ne peuvent plus être dénommés *tiaoli* (règlement). Il est donc impossible de connaître la hiérarchie de norme d'un texte par son appellation. Cette situation est d'autant plus anarchique qu'il n'existe pas de mécanismes de contrôle de légalité et de constitutionnalité tels qu'en connaît la France ou d'autres pays occidentaux, bien qu'en Chine ces contrôles soient en théorie assurés par le Comité permanent de l'APN, qui n'a jamais assumé cette responsabilité.

C'est dans ce contexte que **la loi du 15 mars 2000 sur l'élaboration des normes juridiques (*lifafa*) a été adoptée. Ce texte, composé de 6 chapitres et 94 articles, tente d'encadrer le dispositif législatif en définissant le domaine de chaque catégorie de norme, leur procédure d'élaboration (mais cependant sans modification pour les lois, et avec un manque de précision pour les autres normes), leur hiérarchie de valeur juridique et les rapports entre elles, la solution en cas de conflits et le système de *bei an* (dispositif consistant à imposer aux autorités inférieures de notifier aux autorités désignées à cet effet par la loi la publication d'un texte normatif pour que celles-ci en prennent acte et procèdent éventuellement à un contrôle de constitutionnalité ou de légalité).**

La loi du 15 mars 2000 a défini également dans son article 8 le domaine réservé de la loi (10 matières au total), alors qu'elle reste très floue et générale lorsqu'elle décrit la compétence réglementaire du Conseil des Affaires d'État, de ses différents ministères ou des autorités locales. C'est sans doute la raison en partie pour laquelle elle n'est pas parvenue à améliorer considérablement la situation. En fait, malgré la précision du domaine réservé de la loi, il n'est pas rare dans la pratique que ce domaine soit régulièrement empiété par des règlements administratifs, ou même par des *guizhang* (arrêtés

ministériels et locaux) ou des règlements locaux. Ainsi en matière fiscale, la définition des règles fondamentales, selon la loi du 15 mars 2000, appartient à la compétence exclusive du législateur, or à ce jour, la majorité des impôts sont régis par des textes réglementaires. C'est le cas pour la TVA, mais aussi pour l'impôt sur le revenu des entreprises à capitaux chinois, la taxe sur la consommation, la taxe sur le chiffre d'affaires, entre autres.

La loi du 15 mars 2000 a été complétée par deux règlements relatifs aux procédures d'élaboration des règlements administratifs et des *guizhang*. Il s'agit du **Règlement sur la procédure d'élaboration des règlements administratifs** d'une part, et du **Règlement sur la procédure de l'élaboration des *guizhang*** d'autre part. Ces deux textes ont été adoptés le 16 novembre 2001 par le Conseil des Affaires d'État, et sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Ils méritent d'une attention particulière du fait qu'ils ont rendu les procédures législatives plus transparentes en introduisant la procédure de *ting-zheng* (audition publique) pour les textes présentant un grand intérêt pour le public ou sollicitant des opinions différentes. La transparence a été renforcée aussi par le dispositif de publication des textes adoptés et l'introduction d'un délai d'attente de 30 jours avant qu'ils n'entrent en vigueur.

Mais la situation la plus inquiétante se trouve dans le domaine des règlements locaux et des *guizhang* (arrêtés ministériels et locaux). En vue de mieux appliquer les règles posées par la loi du 15 mars 2000, le Conseil des Affaires d'État a promulgué le 14 décembre 2001 le **Règlement sur la notification et l'inscription des règlements locaux et *guizhang*. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002, ce règlement, après avoir défini les règlements et *guizhang* soumis à l'obligation de notification et d'inscription (*bei an*), prévoit notamment que le Bureau des Affaires Législatives du Conseil des Affaires d'État est chargé de procéder à l'inscription sur un registre de tous les règlements et *guizhang* qui lui sont notifiés et surtout de procéder à un contrôle. Il doit vérifier si ces règlements ou *guizhang* dépassent leur compétence ; si leurs dispositions sont contraires aux normes de valeur supérieure ; s'il y a une contradiction entre les règlements et les *guizhang* ou entre ces derniers eux-mêmes, et en conséquence s'il faut modifier ou annuler les dispositions d'un côté et celles des deux côtés ; si les dispositions d'un *guizhang* sont opportunes et si leur procédure d'élaboration est régulière. Le Bureau des affaires législatives du CAE dispose du pouvoir de statuer selon les règles définies par la loi du 15 mars 2000 ou de refuser d'inscrire un *guizhang* sur le registre ou de repousser l'inscription si celui-ci se trouve dans une des situations évoquées ci-dessus.**

(8) Wangshen Zhou, De la législation, Presses de l'Université de Pékin, 1994, p. 573.

(9) Idem.

(10) À cet égard, v. aussi Banggui Jin, La répartition des compétences normatives nationales en Chine et en France, Revue Internationale de Droit Comparé, n° 4, 2001, p. 945-964.

Ces dernières années, le gouvernement chinois avait commencé à attacher de l'importance à ce travail de contrôle dont l'efficacité laisse toujours à désirer. Le Bureau des affaires législatives a ainsi procédé, entre 1998 et juin 2002, au contrôle de 335 textes qui lui ont été notifiés dont 134 ont nécessité son intervention (11).

L'AMORCE D'UN PROCESSUS DE CODIFICATION : L'ÉLABORATION DU CODE CIVIL

Première étape d'un long processus de codification, qui représentera une étape majeure sur le chemin d'un État de droit, l'adoption du Code civil sera le révélateur de la maturité juridique acquise par la Chine en 25 ans. Plusieurs fois envisagé puis suspendu depuis 1954, le projet de Code civil avait été relancé en 1982. Mais le législateur s'est rapidement rendu compte de la difficulté d'établir un Code civil à une époque où la Chine était en pleine mutation et son système économique et social à définir. Le législateur abandonna le projet du Code civil privilégiant l'adoption de lois spécifiques telles les lois sur les successions (1985), sur les principes généraux du droit civil (1986), sur l'adoption (1998), et les multiples lois sur les contrats.

Désormais, le législateur chinois considère que les conditions sont remplies pour que la Chine dispose d'un Code civil. En janvier 2002, la Commission du travail législatif de l'APN a confié à six civilistes chinois (12) la mission de rédiger un projet de code. Le projet de code a été présenté le 23 décembre 2002 au Comité Permanent de l'APN.

La technique retenue a consisté à recueillir les textes déjà existants, à les actualiser et à les rendre plus précis. Le projet comprend les textes en vigueur et les projets de lois en cours d'élaboration. Le projet de Code contient plus de 2000 articles et est divisé en 9 titres (Titre I : les dispositions générales ; Titre II : Droits réels ; Titre III : Des Contrats ; Titre IV : Des droits de la personnalité ; Titre V : Du mariage ; Titre VI : De l'adoption ; Titre VII : De la succession ; Titre VIII : De la responsabilité délictuelle ; Titre IX : De l'application de la loi aux relations civiles internationales). Ce projet est en fait plutôt une compilation. Mais les innovations sont importantes : il comble la principale lacune du droit civil chinois, les droits réels et

(11) Cf. l'interview de Dahan Song, vice-président du Bureau des affaires législatives du Conseil des Affaires d'État, par M. Liu, journaliste du Quotidien du Peuple, mise en ligne le 16 avril 2003 sur le China Legislative Information Network System (<http://www.chinalaw.com.gov.cn>).

(12) Huixing Liang, chercheur à l'Académie des Sciences Sociales de Chine, Limin Wang, professeur de droit à l'Université du Peuple, Chengsi Zheng, professeur à l'Académie des sciences sociales de Chine, Changzhen Wu, professeur de droit à l'Université des sciences politiques et de droit de Chine, Dehua Tang, ancien vice-président de la Cour suprême de Chine et Zongyi Fei, ancien membre du Comité de jugement de la Cour suprême.

consacre deux titres à l'adoption et aux droit de la personnalité et un chapitre à la protection de la propriété privée. Le droit à la vie privée est consacré ainsi que le droit au crédit (crédibilité). Mais également, la prescription civile générale passe de 2 à 3 ans et la capacité d'exercice limitée des mineurs est abaissée à 7 ans au lieu de 10.

Les débats ne sont pas clos. Ainsi certains auteurs, tel Wang Limin, sont partisans de l'idée que la Chine doit créer un Code civil portant ses propres caractéristiques ; d'autres, tel Liang Huixing (13), prônent l'idée selon laquelle le Code civil allemand doit être le modèle pour le Code civil chinois, comme il y a 100 ans. Certaines critiques portent sur la structure du Code civil (14). En tout cas la difficulté est bien réelle, notamment en ce qui concerne l'élaboration des normes en matière de droit réel. Par exemple, comment définir la propriété de l'État ou la propriété collective ? Etape importante, la Constitution a reconnu dans son nouvel article 13, le 14 mars 2004, les mêmes droits à la propriété privée qu'à la propriété publique, et leur caractère inviolable. Cependant, il ne faut pas non plus attendre trop de ce code, comme l'affirme un civiliste réputé chinois, « Il serait surréaliste si l'on exagère de manière excessive le rôle d'un Code civil » (15).

LA RÉFORME DE LA JUSTICE

Dans la continuité des réformes réalisées dans les années 90, qui touchaient essentiellement le déroulement des procès, le renforcement du rôle des parties dans les procédures, l'intervention des avocats, la réorganisation interne des tribunaux ou encore la gestion de la carrière des juges, la promulgation de loi du 30 juin 2001 modifiant les lois sur les juges et sur les procureurs et la publication le 18 octobre 2001 par la Cour populaire suprême du code de déontologie des juges (16) illustrent les efforts continus pour atteindre une meilleure efficacité, un plus grand professionnalisme, et une plus grande autonomie des juges. De nouvelles mesures en vue d'améliorer l'exécution des décisions de

(13) Cf. Huixing Liang, Quelques problèmes concernant l'élaboration du Code civil chinois, Le Journal de la Cour populaire, Beijing, n° 30, avril 2003.

(14) Propos tenus par le Professeur Jiafu Wang lors du débat au Comité Permanent de l'APN, en tant que membre de ce comité, ses propos ont été publiés dans « Actualités sur la prestation juridique », Beijing, le 17 janvier 2003. Il évoque les problèmes suivants : une certaine incohérence entre le Titre I consacré aux droits civils et le Titre IV portant sur l'application des lois, inconvénients provenant du fait que le projet comporte un titre « des contrats », mais non un titre « des obligations » ; il n'est pas non plus logique de consacrer un titre à l'adoption, alors qu'il faudrait mieux de l'intégrer dans le titre famille et mariage. Il propose également d'introduire dans le Code civil une partie sur la propriété intellectuelle.

(15) Ping Jiang, professeur de droit civil réputé, ancien président de l'Université des sciences politiques et de droit de Chine et ancien membre de la commission des lois de l'APN, Actualités économiques du 21^e siècle du 13 janvier 2003, Guangzhou.

(16) Cf. article de Pierre Borra et Zhao Haifeng et celui de M^{me} Li Qing Lan.

justice ont été adoptées : ainsi un nouveau délit de manquement à l'exécution de jugements a été créé (17).

Afin d'améliorer et d'uniformiser le niveau juridique, à partir de l'an 2001 un concours judiciaire annuel unique qui constitue une étape obligatoire pour devenir avocat, juge ou procureur a été mis en place. Ce concours est devenu un moyen de qualification pour eux. Mais du fait que ce concours est assez difficile et uniforme pour l'ensemble du pays, le taux de réussite moyen n'est que de 6 % sur le plan national. Or avec un taux extrêmement bas dans certaines provinces, généralement les moins développées (5 ou 6 candidats qualifiés parfois), les énormes besoins de recrutement de juges et de procureurs ne sont pas satisfaits, et les candidats habitant dans les régions relativement développées ne souhaitent pas travailler dans ces régions pauvres. Ceci a pour conséquences une panne des réformes sur l'amélioration des compétences et du professionnalisme des juges et des procureurs dans ces régions, et la nécessité de faire appel à des personnes non qualifiées conduisant à un risque de corruption plus élevé dans le recrutement. Le Ministère de la justice tente de résoudre ce problème en assouplissant pour l'année 2003 les conditions de candidature dans certains districts moins développés et désignés par lui.

Les réformes judiciaires menées jusqu'à aujourd'hui se limitent principalement à des améliorations du fonctionnement interne de la juridiction sans pouvoir toucher au cœur du problème de la justice chinoise : le fondement constitutionnel d'une juridiction, ses rapports avec les autres institutions et le parti communiste, la nomination et la révocation des juges ainsi que le système de financement des juridictions et des activités judiciaires. Professionnalisation, indépendance, impartialité et efficacité demeurent des objectifs à atteindre (18).

LA TRANSPARENCE DU DÉBAT JUDICIAIRE

Xiao Yang, Président de la Cour Suprême Populaire de Chine, pointe lui-même du doigt trois principaux problèmes :

« *La régionalisation du pouvoir judiciaire dû au fait que la désignation et la révocation des magistrats, la gestion des ressources humaines du tribunal et les budgets (les salaires et des primes des magistrats, le financement du fonctionnement des tribunaux etc.) demeurent sous le contrôle des autorités locales* ».

« *L'administrationalisation* » des activités judiciai-

res : pendant très longtemps, les tribunaux ont emprunté les méthodes de travail de l'administration pour juger les affaires litigieuses tout en négligeant les caractéristiques propres à la justice (ex. certaines autorités locales traitent les tribunaux comme des services administratifs, les juges comme des fonctionnaires de l'ordre administratif) ce qui renforce davantage « l'administrationalisation » des activités judiciaires ».

« *La popularisation de la magistrature (les difficultés rencontrées dans la professionnalisation des magistrats)* » (19).

Malgré l'amélioration résultant de la mise en œuvre de la loi sur les magistrats et de son amendement récent, concernant la professionnalisation des magistrats, la situation reste toutefois inquiétante, dans la mesure où constitueront deux grands défis la formation d'une partie non négligeable des magistrats déjà en service mais ne remplissant pas les conditions légales de recrutement récemment posées par la loi d'une part, et le recrutement persistant, illégal ou irrégulier, de personnes ne remplissant pas les conditions d'autre part.

Les débats sur la réforme judiciaire sont de plus en plus ouverts et audacieux avec de moins en moins de sujet tabou, comme en témoignent de nombreux articles. Xiao Jianguo et Xiao Jianguang (20) proposent d'abroger le système du comité de jugement en Chine. Le comité de jugement créé au sein de chaque juridiction et composé de ses responsables est chargé de rendre une décision à la place des juges en charge pour les affaires dites les plus difficiles. Liu Anrong (21) évoque dans son article l'impossibilité d'assurer une réelle indépendance de la justice dans le système actuel car les juridictions sont placées à la fois sous la direction du comité du parti communiste et sous le contrôle de l'Assemblée populaire, et les questions relatives au personnel, à l'équipement et au financement relèvent du gouvernement local. Plus ferme encore est le propos du Professeur Weifang He (Université de Pékin) qui constate qu'il est quasi impossible que l'indépendance de la justice soit réellement assurée sous le système actuel (22).

(19) « Les juristes », Beijing, n° 1, 2003, p. 7.

(20) « Considérations sur le système du comité de jugement » Revue académique de l'Université de Science et de technologie de Pékin, Éditions sciences sociales, n° 2, 2002, p. 60-66.

(21) « Les problèmes existant dans le système de juridictions actuel en Chine et ses remèdes » publié dans la Revue académique de l'École normale supérieure de Shanxi, n° 5, 2002, p. 39, article repris par Procedural Law and Judicial System, China Renda social sciences information center, n° 3, 2003, p. 25-30. V. aussi Zhang Zetao « la mise en place d'un système de contrôle sur la justice par les médias » dans Sciences juridiques (Falü Kexue), Xi'an, n° 1, 2002, p. 30-37.

(22) Weifang He, Haikou shenpan (Haikou's Justice), n° 1, 2002 « comment voulez vous que le président d'un tribunal ou d'une cour reste impartial et qu'il ne se soit pas lié au protectionnisme régional alors que tous les problèmes de nécessité de la vie de plusieurs centaines de personnes sous sa responsabilité reposent sur son épaule mais sont de la compétence des responsables de l'autorité locale qui donnent des consignes pour juger en faveur de la partie, résident de leur région ».

(17) Quotidien du peuple, éditions d'outre-mer, août 2003.

(18) V. J. Spigelman, Convergence and the judicial role : recents developments in China, RIDC, 1-2003, p. 57-82.

L'ATTENTE D'UNE RÉFORME CONSTITUTIONNELLE : UN DÉBAT PUBLIC

Deux exemples sont révélateurs ⁽²³⁾.

En mai 2003, trois docteur en droit (Jiang Yu, Biao Deng et Zhiyong Xu) ont envoyé un fax au Comité permanent de l'APN en proposant d'effectuer un contrôle de constitutionnalité et de légalité sur « *les méthodes relatives à la reconduite au pays natal et à la détention des personnes sans abri dans les villes* », texte adopté le 12 mai 1982 par le Conseil des Affaires d'État. Cette proposition était liée à l'affaire Zhigang Sun, qui trouva la mort à Guangdong pendant sa détention. Sa détention, en vertu de ce texte réglementaire, était du fait qu'il n'avait ni pièce d'identité ni certificat de résidence provisoire sur lui lors d'un contrôle de police. Les trois docteurs en droit considéraient ce texte réglementaire contraire à la Constitution et à certaines dispositions législatives, notamment la loi sur l'élaboration des normes juridiques, car selon cette dernière, le domaine relatif à la privation ou à la limitation de la liberté individuelle relève du pouvoir législatif. C'est la première fois que de simples citoyens prennent l'initiative d'écrire au Comité permanent pour demander le déclenchement de la procédure de contrôle de constitutionnalité. Cette proposition a été ensuite appuyée par cinq professeurs de droit. Finalement, sans attendre le déclenchement éventuel de cette procédure, le Conseil des Affaires d'État a volontairement abrogé ce texte en publiant le 20 juin 2003 un nouveau texte à cet égard.

De même, à l'initiative de Zhu Zhengfu, soutenu par 6 autres membres, certains membres de la Conférence consultative politique du peuple chinois de Guangdong ont évoqué le manque de fondement légal du système de l'éducation par le travail en proposant aux autorités compétentes de Guangdong de prendre l'initiative d'abroger à Guangdong ce système qui permet de priver la liberté physique d'une personne sans passer par une procédure judiciaire. En fait, depuis quelques années, certains députés de l'APN ont déjà eu le courage de proposer des motions en vue d'abroger ce système en Chine, mais ces propositions demeurent à ce jour sans résultat.

Au-delà de l'adoption de lois plus précises, d'une application effective et uniforme sur tout le territoire de celles-ci, enjeu immédiat pour la Chine, tant sur le plan interne qu'international, l'attente d'une réforme constitutionnelle se fait plus pressante, la mise en place d'un véritable contrôle de constitutionnalité plus fort. De plus en plus de juristes chinois réclame la création d'une Cour constitutionnelle.

(23) V. aussi China Daily, 23 July 2003, à propos des détentions provisoires illégalement prolongées.

Le 3^e Plenum du Comité Central du Parti communiste depuis le XVI^e congrès, qui s'est tenu du 12 au 15 octobre 2003 et l'Assemblée populaire nationale, le 14 mars 2004, ont partiellement répondu à cette attente.

L'APN a amendé 14 articles de la Constitution portant notamment sur le respect et la protection des droits de l'homme, la protection de la propriété privée sous toutes ses formes, et la limitation des mandats des membres des Assemblées populaires locales. Mais pour que la Chine se dote d'un État de droit, il lui faudra changer les principes fondamentaux de la Constitution et pas seulement intégrer progressivement des amendements indispensables au regard de l'évolution économique et sociale du pays comme ce fut le cas en 1988, 1993, 1999 ⁽²⁴⁾, et 2004.

En conclusion, si la Chine est aujourd'hui sur la voie d'une légalité renforcée plus formelle et plus effective, beaucoup reste à faire et les inquiétudes des milieux diplomatiques et économiques sur le respect des engagements de la Chine relatifs à l'OMC ne sont pas minces deux ans après l'accession. La Chambre de commerce européenne en Chine a publié en octobre un volumineux rapport faisant état des retards et des difficultés dans l'application du Protocole d'adhésion, notamment en matière de lutte contre la contrefaçon et l'Administration américaine a émis les mêmes griefs encourageant la Chine à faire des progrès rapidement ⁽²⁵⁾.

(24) Cf. Chen Jianfu, La révision de la Constitution en RPC, Perspectives chinoises, n° 53, mai-juin 1999, p. 66-79.

(25) Cf. Wall Street Journal du 22 octobre 2003, South China Morning Post, 23 octobre 2003.

Toute réforme judiciaire profonde touche aux fondements d'un État. C'est particulièrement le cas en Chine. L'appareil judiciaire complexe, créé ex nihilo après la révolution culturelle, s'est vite révélé en retard sur l'évolution de l'économie et de la société. À peine institué, le système judiciaire a constamment fait l'objet d'efforts d'amélioration. La réforme a reçu un nouvel élan lorsque, en 1997, le chef de l'État l'a promue au rang des priorités. En 1999, l'établissement d'un l'État de droit est devenu un principe constitutionnel. En octobre de la même année, la Cour Suprême, dont le rôle dépasse de loin celui de ses homologues occidentales, a lancé un programme quinquennal de rénovation devenu urgent. De son côté, le Parquet Suprême a lancé un programme de trois ans. En effet, comme ailleurs et peut-être plus qu'ailleurs, la justice est souvent décriée dans l'opinion en Chine alors qu'on a de plus en plus recours à elle. À l'issue de ce programme, de nombreux progrès peuvent être observés. Deux points forts retiennent l'attention :

- une revalorisation du statut des « hommes de loi » : juges, procureurs, avocats
- une série de mesures tendant à rendre le procès équitable
- cependant, pour réelles qu'elles soient, ces améliorations sont freinées par de puissants obstacles.

Ces trois points seront développés ci-après.

I. LA PROFESSIONNALISATION DES JUGES, PROCUREURS ET AVOCATS

Depuis 2002, l'accès à ces trois professions dépend d'un examen national unique. Il s'agit d'une condition nécessaire mais non suffisante puisque le pouvoir de nomination et de destitution des juges et des procureurs appartient aux assemblées populaires, ou, selon les grades, aux comités permanents de celles-ci. Cependant cette innovation constitue une garantie de compétence importante.

On lira les articles analysant les lois sur les procureurs et les avocats. En ce qui concerne les juges, la loi du 30 juin 2001 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002 ne modifie pas substantiellement celle de 1995 sauf pour ce qui a trait aux qualifications professionnelles. Quant à l'indépendance, si elle n'est toujours pas reconnue au niveau du juge mais seulement à celui de la juridiction, elle est néanmoins encouragée par le Code de déontologie promulgué en octobre 2001 par la Cour Suprême. L'article 7 de

Pierre BORRA
Président de chambre honoraire
à la Cour d'appel de Paris
Vice-président de l'AFCD

Haifeng ZHAO
Coprésident de l'AJECF
Ancien juge à la Cour suprême de Chine

ce texte responsabilise le juge considéré individuellement en l'incitant à rendre sa décision en son âme et conscience et à oser maintenir son avis s'il lui semble juste et correct.

De plus, désormais en principe les juges sont nommés en fonction de leur mérites.

Ces diverses mesures ne peuvent qu'accroître la qualité technique de la justice rendue.

Mais des progrès plus décisifs sont attendus de l'entrée de la Chine dans l'OMC, surtout à moyen et à long terme. En effet, en accédant à cette Organisation, « la Chine s'est engagée à reformer l'ensemble de son système juridique et à mettre en place un environnement réglementaire plus sûr parce que rationnel, c'est-à-dire prévisible, transparent, appliqué uniformément sur l'ensemble du territoire chinois et soumis à un contrôle indépendant » (1).

Pour commencer à répondre à ces exigences, la Cour Suprême a choisi un petit nombre de juridictions de bon niveau et a sélectionné un ensemble de juge d'élite pour leur confier le traitement exclusif du contentieux international.

La professionnalisation des juges, procureurs et avocats sert aussi bien les intérêts internationaux de la Chine que la stabilité interne du pays.

II. L'AMÉLIORATION DU MÉCANISME ET DES ORGANES DU PROCÈS

Tous les observateurs s'accordent à constater que l'attitude de la population en Chine a changé à l'égard du Droit. À l'ancienne défaveur a succédé un besoin de Droit. La pression sociale conjuguée avec les nécessités de la politique d'ouverture a conduit le législateur et les Cours elles-mêmes à prendre conscience de l'importance de la procédure comme garantie de l'impartialité voulue par les justiciables. En outre, la Chine a signé deux pactes internationaux en matière de protection des droits de l'homme, et a ratifié celui relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. En conséquence l'organisation du procès a fait une place plus grande au formalisme et a été rationalisée.

Il a été décidé que chaque organe aurait une fonction distincte. La confusion est bannie entre l'enregistrement du litige et le procès, entre le pro-

(1) Cf. Leila Choukroune, L'internationalisation du droit chinois des affaires, RDAI, n° 5, 2003.

cès et l'exécution du jugement, entre le procès et la supervision.

Les principales avancées résultant notamment des instructions de la Cour Suprême, peuvent être ainsi résumées :

- les droits de la défense sont affirmés comme étant fondamentaux ;
- les débats sont publics, sauf exceptions strictement prévues par la loi ;
- la « cross-examination » est adoptée pour l'administration de la preuve ;
- les jugements sont obligatoirement motivés ;
- le rôle du Comité des juges

(cet organe interne à chaque juridiction tranche les cas importants ou sensibles, au besoin en désaisissant le juge chargé du dossier) est plus réduit ;

- le respect des délais est un impératif.

« Open trial » est le mot d'ordre officiel. Le but est l'instauration du « procès équitable » à l'occidentale.

Avec constance, un intense effort de formation continue des juges et des procureurs se poursuit. Les stages dans les juridictions étrangères se multiplient. Sur le plan des moyens matériels mis à la disposition des Cours, les investissements sont impressionnants.

Force est donc d'admettre que la réforme judiciaire a obtenu des résultats considérables. Elle forcerait même l'admiration si elle ne se heurtait à des obstacles structurels qui maintiennent hors d'atteinte les standards internationaux d'une justice indépendante.

III. LES FREINS

Les commentateurs tant chinois qu'étrangers hésitent à déterminer l'obstacle le plus criant qui empêche le système judiciaire chinois d'atteindre un degré de fiabilité générale répondant à l'attente des justiciables. Outre l'habituelle distance entre les textes et leur application, est-ce la corruption ou le manque d'indépendance ?

La lutte contre la corruption semble avoir constitué un objectif prioritaire. Le Code de déontologie précité en est l'instrument – ses 50 articles indiquent en détail aux juges ce que l'éthique professionnelle commande ou interdit. Cette approche diffère de celle des pays dans lesquels la déontologie judiciaire est essentiellement une affaire de conscience personnelle. La lourdeur de sa pédagogie peut apparaître comme un indice de la profondeur des racines du mal. Ce texte, qui développe et précise le chapitre 11 de la loi précitée sur les juges, consacré aux sanctions, ne contient aucune disposition sur la procédure disciplinaire. L'intervention

d'autorités non-judiciaires dans ce domaine n'est pas exclue.

Précisément, l'immixtion institutionnalisée des autorités administratives et politiques dans l'activité judiciaire est le grief principal adressé au système.

Comme on l'a vu, l'indépendance personnelle du juge n'est toujours pas reconnue. – L'institution du Comité des juges, tant qu'elle subsiste comme instance suprême de décision, le déresponsabilise. Quant à l'indépendance collective des juridictions, elle est limitée par l'interférence des autorités administratives et surtout de certains cadres du Parti communiste, même si le rôle dirigeant constitutionnel de ce dernier semble exercé de façon moins directe que par le passé à l'égard de la magistrature. La dépendance des cours et tribunaux à l'égard des gouvernements locaux sur les plans des personnels et du budget tend à faire d'eux des instruments du pouvoir.

Au terme de ce bref aperçu, force est de constater que l'autorité judiciaire ne dispose pas encore de l'autonomie nécessaire vis à vis des assemblées populaires et des organes administratifs et politiques. Ces défauts sont critiqués de longue date par une partie de la doctrine en Chine, qui préconise des changements radicaux. Jusqu'à présent la réforme judiciaire qui constitue un chantier permanent, a permis d'améliorer la qualité technique de la justice. Une réforme plus profonde de nature constitutionnelle aurait une incidence sur le maintien du système politique actuel. On comprend les hésitations qui limitent la volonté réformatrice au plus haut niveau de l'État.

LI Qing Lan (1)
Docteur en droit
Cabinet XIE Han Qi, Paris

La vieille opposition entre le modèle accusatoire et le modèle inquisitoire en procédure pénale semble aujourd'hui dépassée (2). Chaque modèle a ses avantages, mais aussi ses failles et ses faiblesses ; il ne s'agit plus de faire un choix entre un système purement accusatoire et un système purement inquisitoire, mais plutôt de compléter l'un par l'autre en faisant valoir leurs points forts et remédiant aux points faibles (3).

Ce rapprochement des deux modèles n'est pas sans raison : il est dû au respect des droits fondamentaux de la personne, la réforme de la procédure pénale depuis des décennies dans son ensemble est partout marquée par l'affaiblissement du rôle autoritaire et répressif de l'État, au profit d'un procès au cours duquel les parties privées jouent un rôle essentiel. Cela fait apparaître un modèle universel du procès en matière pénale (4).

Les juridictions internationales donnent l'exemple de cette procédure mixte (5). Un autre exemple, c'est le *corpus juris* de l'Union européenne qui contient des dispositions pénales en matière de protection des intérêts financiers (6). On peut également citer le droit italien comme exemple d'élaboration d'un modèle mixte.

Si l'on observe la procédure pénale en droit chinois, on peut dire qu'elle s'est inspirée des éléments accusatoires, mais elle reste essentiellement marquée par un caractère inquisitoire (7) (I). La protection des droits des parties privées, pose la question sur le cumul des fonctions du parquet dans le procès (II). De plus, certains grands principes protecteurs des droits des parties privées ne sont que très faiblement présents dans la procédure pénale chinoise (III).

(1) L'auteur remercie M. Anthony Chamboredon, maître de conférence à la Faculté de droit de l'Université René-Descartes (Paris V) d'avoir bien voulu faire la relecture.

(2) Mireille Delmas-Marty et J.-R. Spencer, *European criminal procedures*, Cambridge : University press, 2002, p. 5.

(3) LI Qing Lan, *Le rôle du Parquet dans la politique criminelle en Chine*, thèse de doctorat, Université Paris I, 2003, p. 331.

(4) Xavier Pin, *La privatisation du procès pénal*, RSC, n° 2, avril-juin 2002, p. 245.

(5) Voir Antonio Cassese et M. Delmas-Marty (sous-dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002.

(6) M. Delmas-Marty (sous-dir.), *Corpus juris portant dispositions pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris, *Economica*, 1997 et *La mise en œuvre du corpus juris dans les États membres*, sous direction de M. Delmas-Marty et J.-A.-E. Vervaele, *Intersentia*, 2000, Vol. I.

(7) Zhou Guo-jun, *L'égalité des armes et les garanties des droits de la défense* (Bian, kong ping heng yu bao zhang lu shi de su song quan li), *Recherche du droit* (Fa xue yan jiu), n° 1, 1998, p. 58.

I. UNE INSPIRATION PARTIELLE SUR LES ÉLÉMENTS ACCUSATOIRES

Le nouveau Code de procédure pénale chinois de 1996, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1997, a fait des progrès afin d'introduire des éléments plus accusatoires pour équilibrer la forte position du ministère public par rapport aux parties privées.

En ce qui concerne la phase d'enquête (8), c'est avec l'intervention de l'avocat dans la phase préparatoire qu'on observe un recul du caractère inquisitoire de l'enquête. Toutefois, l'avocat du suspect n'a pas le statut de défenseur, ni l'accès au dossier, ni le droit d'assister à l'interrogatoire, ni le droit de faire des investigations pour la recherche des preuves, enfin l'entretien avec son client est soumis à de nombreuses limites, le suspect n'ayant pas le droit au silence.

En ce qui concerne la phase d'examen aux fins de l'action publique, les parties privées ont le droit d'être entendues par le parquet, les avocats des parties privées ont l'accès au dossier et ont le droit de faire des investigations pour la recherche des preuves.

En ce qui concerne la phase de jugement, le législateur chinois, dans la réforme de 1996, a fait beaucoup d'efforts pour garantir un procès équitable en particulier par un renforcement de l'indépendance, de l'impartialité du juge et de l'équilibre des parties. D'abord, le législateur a réformé le contrôle préliminaire avant l'audience pour éviter un préjugé. Ensuite, à l'audience, la réforme a prévu une séparation plus nette du jugement et de la poursuite et a renforcé l'égalité des armes entre le procureur et les parties privées. Le juge adopte une position plus neutre car la procédure devient plus contradictoire ; le ministère public et les parties jouent un rôle essentiel dans l'administration des preuves et le juge dispose du choix de soumettre les affaires graves ou complexes au comité des juges ou de les juger.

(8) La procédure pénale chinoise se divise en trois étapes principales : la phase d'enquête, la phase d'examen aux fins de l'action publique et la phase de jugement.

II. LE CUMUL DES FONCTIONS DU PARQUET

Le parquet chinois exerce la fonction de poursuite mais également la fonction de contrôle de la légalité.

En tant qu'organe du contrôle de la légalité, le parquet se met au-dessus de tous les acteurs dans le procès pénal, y compris la partie poursuivie, qu'il s'agisse de la phase préparatoire ou de la phase de jugement.

Lors de la phase préparatoire, la fonction de poursuite et celle de contrôle de l'application de la loi sont incompatibles. En cas de cumul, l'une des deux fonctions est inévitablement sacrifiée à l'autre. Dans la situation actuelle où la criminalité est en courbe ascendante, la fonction de contrôle est naturellement négligée (9).

Comme organe de contrôle, le parquet prend les décisions en matière de libertés individuelles telle que la détention provisoire. Or, doté de ce pouvoir arbitraire, il jouit d'une supériorité absolue face à la personne mise en cause, le jeu du débat contradictoire n'a pas de place, la participation des parties privées étant insuffisante.

De plus, le pouvoir de mise en détention provisoire est incompatible avec son rôle de poursuivant, la neutralité du parquet n'est pas garantie, la détention est susceptible d'être abusive pour obtenir les aveux (10). Le suspect qui fait l'objet de mesures de contrainte n'a ainsi pas de recours devant un tribunal indépendant et impartial, d'autant plus que la police a une large autonomie, elle décide sans autorisation du parquet (ni du tribunal) de toutes les mesures de contrainte telle que la garde à vue, la résidence surveillée, la liberté sous caution, les perquisitions, et les saisies, seule, la détention provisoire doit être décidée (donc contrôlée) par le parquet. Le parquet veille à la légalité des actes de la police, mais l'enquête est discrétionnairement dirigée par la police dès lors que les moyens de contrôle par le parquet sont limités et leur portée faible (11).

Lors de la phase de jugement, en tant qu'organe de contrôle, le parquet semble jouir d'un statut supérieur à celui du tribunal et de l'accusé, et ne peut être considéré à égalité avec l'accusé, le parquet et la défense n'étant pas sur un pied d'égalité dans la procédure pénale.

En somme, malgré les progrès réalisés par la réforme de la procédure pénale, il est souhaitable

(9) Chen Rui-hua, La nature du pouvoir judiciaire-exemple de la justice pénale (Si fa quan de xing zhi -yi xing shi si fa wei fan li de fen xi), Recherche du droit (Fa xue yan jiu), n° 5, 2000, p. 54.

(10) Chen Wei-dong (sous-dir.), Rapport sur l'application du Code de procédure pénale (Xing shi su song fa shi shi wen ti diao cha bao gao), Ed. Fang zheng (Zhong guo fang zheng chu ban she), 2001, p. 100.

(11) Chen Wei-dong Liu Ji-hua, Qui a le pouvoir de vous arrêter ? (Shui you quan li dai bu ni), Procédure et système judiciaire (Su song fa xue, si fa zhi du), n° 12, 2000, p. 80.

que les principes comme la séparation des pouvoirs de poursuite et de jugement, l'égalité des armes, l'impartialité et l'indépendance du tribunal soient assurés de manière plus satisfaisante, puisque ce sont des garanties pour la protection des droits de la personne impliquée dans la procédure pénale (12).

III. UNE FAIBLE PRÉSENCE DE CERTAINS PRINCIPES PROTECTEURS

Il s'agit d'abord du principe de nécessité et de proportionnalité des mesures de contrainte dans le code, puis de la notion de délai raisonnable, enfin, de la *politique criminelle participative*.

Le principe de nécessité et de proportionnalité des mesures de contrainte

Fondé sur le principe de présomption d'innocence, la double exigence de nécessité et de proportionnalité implique que le législateur minimise autant qu'il se peut le recours aux mesures de contrainte et que, lorsqu'elles sont inévitables, la mesure la moins grave possible soit seule choisie contre la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction (13).

En droit chinois, le principe que la détention soit exceptionnelle n'est pas nettement affirmé par le code (14). De plus, les conditions d'application des mesures de contrainte sont définies avec des termes flous, comme la notion de « dangerosité sociale ». Ensuite, si les conditions sont en fonction de la gravité des faits, le seuil « susceptible d'être punie par une peine d'emprisonnement » semble très peu exigeant pour l'application de la détention provisoire, qui prive de la liberté individuelle.

Le principe du "délai raisonnable"

En premier lieu, la durée de certaines mesures de contrainte est très longue. Par exemple, la garde à vue en droit chinois est soit de 10 à 14 jours, soit de 37 jours.

En second lieu, les cas de prolongation de délai ont nombreux, le délai peut même devenir indéterminé. En cas garde à vue, lorsque l'identité du suspect n'est pas révélée, le délai ne se calcule qu'à

(12) Suo Zheng-jie, La valeur de la procédure pénale et sa mise en œuvre (xing shi cheng xu jia zhi de ji ben nei rong ji qi shi xian), Critique de la procédure pénale (Xing shi fa ping lun), vol. 8, Université Zhengfa (Zhong guo zheng fa da xue chu ban she), 2001, p. 272.

(13) Jacques Buisson, La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000, in Une nouvelle procédure pénale, Étude de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, RSC, n° 1, janvier-avril 2001, p. 27.

(14) « Il existe une ou plusieurs raisons faisant soupçonner que la personne en cause a commis ou tenté de commettre une infraction susceptible d'être punie par une peine d'emprisonnement, et que la liberté sous caution ou la surveillance de la résidence ne seraient pas suffisantes pour parer à sa dangerosité sociale » (article 60 du nouveau Code de procédure pénale chinois).

partir du moment où l'identité a été établie. La computation du délai de détention provisoire, normalement de 2 à 7 mois, peut recommencer à zéro lorsqu'une nouvelle infraction a été découverte.

La politique criminelle participative

La *politique criminelle participative* ⁽¹⁵⁾ consiste à confier aux citoyens ou aux associations une partie du pouvoir de prévention et de régulation de la délinquance ⁽¹⁶⁾, cela implique que la justice étatique accorde une plus grande place aux parties et à la défense de leurs intérêts en reconnaissant un plus grand rôle à la volonté individuelle (consensualisme) ou aux associations (solidarisme).

Consensualisme – L'idée de négociation est bien présente dans la notion de consensualisme ⁽¹⁷⁾, elle apparaît tout à fait étrangère au modèle inquisitoire, du fait de l'indisponibilité de l'action publique, cependant, au fur et à mesure du développement des droits de l'homme ⁽¹⁸⁾, cette idée de négociation s'introduit dans le modèle originellement inquisitoire.

Toutefois, le consensualisme demeure très peu présent dans la procédure pénale chinoise. Le ministère public ne peut proposer ni médiation pénale, ni composition pénale à l'auteur des faits. Seul le tribunal peut engager une procédure de médiation entre la victime et l'accusé pour les affaires dont la poursuite est subordonnée à une plainte préalable et les affaires légères dont la victime possède de preuves (article 170, alinéa 1 et alinéa 2 du nouveau Code de procédure pénale chinois).

Le législateur chinois n'a pas reconnu la procédure simplifiée de type de *plea bargaining* ⁽¹⁹⁾, mais il a cependant élaboré une procédure simplifiée.

L'application de la procédure simplifiée est très strictement limitée à trois cas : les infractions dont l'auteur est puni au maximum de trois ans d'emprisonnement et dont les preuves sont suffisamment établies, le ministère public propose ou accorde d'appliquer la procédure simplifiée ; les infractions dont la poursuite est subordonnée à une plainte préalable ; les infractions légères dont la victime possède la preuve (article 174 du nouveau Code de procédure pénale chinois).

L'idée de consensualisme n'est pas évidente dans

(15) Voir Christine Lazerges, Introduction à la politique criminelle, L'Harmattan, 2000, p. 109.

(16) Xavier Pin, La privatisation du procès pénal, RSC, n° 2, avril-juin 2002, p. 246.

(17) Jean-Paul Ekeu, Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé, Paris, Cujas, 1993, préface Jean Pradel, p. 1.

(18) Xavier Pin, La privatisation du procès pénal, RSC, n° 2, avril-juin 2002, p. 245.

(19) Gao Yi-fei, Procès équitable dans la procédure simplifiée (Jian yi cheng xu de zheng dang xing yan jiu), Critique de la procédure pénale (Xing shi fa ping lun), vol. 8, Université Zhengfa (Zhong guo zheng fa da xue chu ban she), 2001, p. 334.

la procédure simplifiée chinoise ⁽²⁰⁾, parce que l'accusé n'a pas le droit de choisir entre la procédure simplifiée et la procédure ordinaire. En revanche, lorsque l'accusé nie les faits ou que son défenseur plaide non-coupable, le tribunal ne doit pas appliquer la procédure simplifiée, la volonté de la victime étant totalement absente dans la procédure simplifiée.

Le solidarisme – En droit chinois, l'élan de solidarité, comme action collective par les syndicats, ordres professionnels ou associations et le réseau d'associations d'aide aux victimes, est aussi lacunaire.

(20) Xiong Qiu-hong, Réflexion sur la procédure simplifiée (xing shi jian yi su jue cheng xu tan jiu), Collection des articles sur la procédure (Su song fa lun cong), vol. 2, Fa lü (Fa lü chu ban she), 1998, p. 182.

L'évolution récente du contentieux administratif en Chine

Changdao LI

Professeur de droit, doyen de la Faculté de droit à l'Université de Fudan de Shanghai

LI ZHANG

Doctorante en droit à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Si, en France, le contentieux administratif est le fruit d'une tradition séculaire, en Chine, il est un phénomène relativement récent. Cependant, pendant les cinq dernières années, le droit chinois du contentieux administratif a beaucoup évolué, du moins sur le plan du droit positif.

Le texte fondamental en matière de contentieux administratif est sans doute la Loi sur le contentieux administratif du 4 avril 1989, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1990. Il faut néanmoins souligner le rôle important de la Cour suprême de Chine dans l'interprétation de ce texte législatif. En effet, selon la Loi organique des tribunaux populaires de Chine (1), il appartient à la Cour suprême de donner des explications nécessitées par l'application concrète des lois et des décrets dans le cadre de la procédure judiciaire. En ce qui concerne le contentieux administratif, la Haute juridiction chinoise a récemment adopté deux textes de nature d'interprétation judiciaire : le premier s'intitule « *Explications relatives à l'application de la Loi sur le contentieux administratif* » (ci-après « *Explications* ») en date du 24 novembre 1999 qui remplace son prédécesseur intitulé « *Remarques relatives à l'application de la Loi sur le contentieux administratif* » (ci-après « *Remarques* ») de 1991 (2), le second s'intitule « *Règles sur la preuve en contentieux administratif* ».

Nous étudierons respectivement les apports essentiels de ces deux textes interprétatifs qui jouent un rôle considérable dans la justice administrative.

I. LES PRINCIPAUX APPORTS DES "EXPLICATIONS RELATIVES À L'APPLICATION DE LA LOI SUR LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF"

Composé de 98 articles et entré en vigueur le 10 mars 2000, ce nouveau texte interprétatif judiciaire a introduit des changements dans les domaines suivants.

(1) Article 33 de la Loi organique des tribunaux populaires du 1^{er} juillet 1979, modifiée le 2 septembre 1983.

(2) Adopté à titre d'essai le 29 mai 1991 en réunion du Comité de jugement de la Cour suprême, ce texte interprétatif de 115 articles est entré en vigueur le 11 juillet 1991.

A – L'élargissement du champ de contrôle juridictionnel des actes de l'administration

Les « *Explications* » ont étendu le domaine de compétence du juge en matière de contentieux administratif en éclairant, d'une part, la méthode adoptée par le législateur permettant de définir le champ des actes administratifs soumis au contrôle du juge et en substituant, d'autre part, la notion d'acte administratif à celle d'acte administratif concret.

Selon M. Jiang Bixin, ancien président de la chambre administrative de la Cour suprême de Chine et actuel vice président de cette juridiction, l'adoption des « *Explications* » a permis à la justice administrative de redevenir conforme aux dispositions législatives (3). En effet, pour illustrer le champ du contrôle juridictionnel de l'administration, le législateur chinois a choisi une méthode combinée de trois éléments : un principe, quatre exceptions (4) et sept cas de figure. Selon l'article 2 de la Loi sur le contentieux administratif, tous les actes administratifs concrets sont susceptibles d'être contrôlés par le juge. Pour donner une idée aux administrés sur ce dont on entend par un acte administratif concret, le législateur a énuméré dans l'article 11 (alinéa 1) sept cas de figure à titre d'exemples. Malheureusement, dans la pratique judiciaire, beaucoup de requêtes étaient déclarées irrecevables simplement parce qu'elles portaient sur des actes qui ne figuraient pas dans l'énumération de cet article.

À cette vision restrictive de l'étendue de la compétence matérielle du juge s'est ajoutée une définition trop étroite de l'acte administratif concret. En vertu de l'article 1^{er} des « *Remarques* » de 1991, l'acte administratif concret est « *un acte unilatéral pris dans l'exercice du pouvoir administratif par les autorités administratives à l'égard des administrés identifiés dans des matières concrètes déterminées* ». Ainsi, l'acte administratif concret, objet du contentieux administratif défini par le législateur, était réduit à l'acte administratif

(3) Jiang Bixin et Zou Yazhu, Le contentieux administratif en transformation, in Ying Songnian et Yuan Shuhong (dir.), Vers l'administration soumise au droit – Études sur la théorie de légalité administrative et sa pratique, éditions Droit, mai 2001, p. 346.

(4) Quatre catégories d'actes de l'administration bénéficient, en vertu de l'article 12 de la Loi sur le contentieux administratif, d'une immunité juridictionnelle. Elles sont : 1) les actes d'État ; 2) les actes réglementaires ; 3) les décisions concernant la récompense et la sanction, la nomination et la révocation d'un agent public ; 4) les actes administratifs concrets dont la légalité sera, de par la loi, examinée en dernier ressort par l'administration ne elle-même.

individuel caractérisé par la double détermination de destinataire et d'objet de l'acte. Pour intégrer l'acte administratif collectif ⁽⁵⁾ et, éventuellement, l'acte bilatéral dans le champ du procès administratif, la Cour suprême a énoncé en 1999 dans l'article 1^{er} des « *Explications* » que tous les actes administratifs, sauf ceux qui sont clairement éliminés, sont susceptibles d'être contrôlés par le juge administratif.

B – L'ajustement des règles de compétence hiérarchique des tribunaux

En droit chinois, à moins que la loi en dispose autrement, les tribunaux de base institués en principe dans les districts, sont juges de droit commun en première instance. Mais, dans la pratique, il est parfois difficile pour eux de connaître des litiges mettant en cause les gouvernements locaux au niveau et au-dessus des districts. Pour renforcer l'indépendance des juridictions dans l'exercice de leur fonction judiciaire, les « *Explications* » ont prévu dans son article 8 que, lorsqu'un tribunal de base n'est pas en mesure de trancher une affaire dont le défendeur est un gouvernement local situé au dessus de l'échelon du district, le tribunal moyen peut en être saisi.

La même règle d'aménagement de compétence s'applique également dans l'exécution des décisions de justice. La Loi sur le contentieux administratif (article 65) a confié les compétences en matière d'exécution des décisions aux seuls tribunaux de première instance. Les difficultés rencontrées par ces derniers dans la pratique ont amené la Cour suprême à assouplir ce principe en disposant dans l'article 85 des « *Explications* » qu'en cas de difficulté, le tribunal de première instance peut demander au tribunal de deuxième instance d'assurer l'exécution de la décision de justice en question.

C – L'assouplissement des règles sur la qualité du requérant

Malgré l'absence de règles restrictives concernant la qualité de requérant dans la Loi sur le contentieux administratif et les « *Remarques* » de 1991 de la Cour suprême, certains juges considéraient que seuls les destinataires nominaux d'une décision administrative avaient le droit de saisir le juge. Pour mettre fin à cette pratique, la Cour suprême a précisé dans l'article 12 des « *Explications* » que « *toutes les personnes ayant un intérêt juridique en rapport avec l'acte contesté peuvent introduire une action administrative contre cet acte* ». En répondant aux problèmes soulevés dans la justice administrative, le même texte interprétatif (arti-

cle 13) a également prévu que les intéressés, tels que les voisins du bénéficiaire d'un permis de construire, les candidats évincés dans une procédure concurrentielle, les victimes des infractions légères, ont tous la qualité de requérant dans un procès administratif.

En outre, les personnes qui investissent dans des entreprises communes, des entreprises conjointes sino-étrangères et des entreprises sino-étrangères à capitaux mixtes, ont le droit de saisir le juge d'un acte administratif concret qui, selon elles, porte atteinte, soit à leurs propres droits ou intérêts, soit aux droits ou intérêts de ces entreprises (article 15). De surcroît, l'assemblée générale d'actionnaires, l'assemblée des représentants d'actionnaires et le conseil d'administration des sociétés par actions peuvent ester en justice au nom de leur société (article 18).

D – La clarification des règles de droit relatives à la prescription

L'article 39 de la Loi sur le contentieux administratif a prévu la possibilité pour les administrés de saisir le juge administratif dans un délai de trois mois à compter du jour où ils prennent connaissance de l'acte attaqué. Mais ce texte législatif n'a rien prévu pour les cas d'inaction de l'administration. La grande majorité des textes juridiques n'imposant aucun délai à l'autorité compétente pour réagir face à une demande de l'administré, le juge était obligé de déterminer lui-même un délai raisonnable en fonction des circonstances. Afin de mettre un terme à cette pratique chaotique, l'article 39 des « *Explications* » de la Cour suprême prévoit qu'au bout d'un délai de deux mois à compter de la réception de la demande par l'autorité administrative, l'administré peut saisir le juge de l'inertie de l'administration.

Pour que l'administré ait la réelle possibilité de remettre en cause devant le juge la légalité de la décision prise à son encontre, tant les « *Remarques* » de 1991 que les « *Explications* » de 1999 de la Haute juridiction chinoise ont consacré le principe selon lequel le délai de recours contentieux n'est opposable à l'administré qu'à la condition que ce dernier soit informé de ce délai et des voies de recours lors de la prise de l'acte administratif concret. En l'absence de cette information, le délai ne court qu'à compter du jour où les personnes intéressées prennent ou auraient pu prendre connaissance des voies et délais de recours. Cependant, pour assurer la stabilité des situations juridiques issues des décisions administratives, la Cour suprême a limité, dans l'article 35 des « *Remarques* » de 1991, ce droit de saisir le juge dans un délai d'un an après que les requérants ont pris connaissance du contenu de l'acte. Avec l'adop-

(5) On entend par acte administratif collectif les décisions particulières qui n'ont le caractère ni d'acte individuel ni d'acte réglementaire.

tion des « *Explications* » en 1999, ce délai de forclusion d'un an est désormais prolongé à deux ans (article 41).

II. LES PRÉCISIONS APPORTÉES PAR LA COUR SUPRÊME AUX RÈGLES DE DROIT SUR LA PREUVE

Ayant constaté les difficultés apparues dans la justice administrative durant ces dix dernières années en raison du caractère trop abstrait et peu opérationnel des dispositions de la Loi sur le contentieux administratif relatives à la preuve, la Cour suprême, a fait adopter, le 4 juin 2002, par son Comité de jugement un texte spécifique intitulé « *Règles sur la preuve en contentieux administratif* » (ci-après, « *Règles sur la preuve* »). Avec l'entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2002 de ce texte de 80 articles est apparu en droit chinois, dans le domaine du contentieux administratif, un régime juridique de preuve relativement complet et détaillé.

A – Une répartition plus rationnelle de la charge de la preuve

En droit chinois, la charge de la preuve en matière de contrôle de légalité des actes administratifs pèse en principe sur l'administration. Cette dernière doit justifier devant le juge de la légalité de son acte en lui communiquant tous les motifs de fait et de droit sur lesquels elle s'est fondée. Ce principe ne s'appliquant principalement qu'au contrôle de la légalité des actes administratifs concrets exprès, les « *Explications* » (article 27) et les « *Règles sur la preuve* » (article 4) de la Cour suprême de Chine affirment que, dans un recours de légalité fondé sur l'inertie de l'administration, il appartient au requérant de prouver qu'il avait effectivement déposé une demande au défendeur. En ce qui concerne le recours de réparation administrative, il est normal que le requérant doive prouver que l'acte attaqué lui a causé un préjudice ⁽⁶⁾.

Pour garantir un bon déroulement de l'instance, la Cour suprême de Chine a exigé dans l'article 8 des « *Règles sur la preuve* » que le tribunal saisi de l'affaire donne aux parties au procès des informations sur le délai imparti pour fournir les preuves, les conséquences du non respect de ce délai et les conditions de son éventuelle prolongation. En principe, l'administration doit, dans les dix jours à compter de la réception de la copie de la requête, présenter ses conclusions en réponse, avec tous les motifs de droit et de fait de l'acte contesté. Les éléments de preuve qui ne sont pas communiqués dans ce délai sont considérés comme inexistant.

(6) V. l'article 27 (3) des « *Explications* » et l'article 5 des « *Règles sur la preuve* ».

L'administration peut, en cas de force majeure ou d'autres obstacles qui sont objectivement hors de sa portée, demander, dans le délai précité, par écrit au juge une prolongation. Une fois la demande acceptée, le défendeur doit fournir les preuves dans les dix jours qui suivent la disparition des obstacles.

B – La précision relative aux conditions de forme pour différentes catégories de preuve

Les preuves acceptées en contentieux administratif sont les suivantes : preuves écrites, objets, documents audiovisuels, témoignages, aveux de parties au procès, expertises et procès-verbaux d'enquête ou de constatation. En fait, ni la Loi sur le contentieux administratif ni les « *Explications* » de la Cour suprême n'ont consacré de dispositions aux conditions de forme exigées pour chaque mode de preuve. Pour faciliter l'appréciation de la force probante et le contrôle de l'authenticité de chaque catégorie de preuve, les « *Règles sur la preuve* » apportent de nombreuses précisions.

Prenons pour exemple l'article 10 de ce texte qui concerne la preuve écrite. Le principe est que l'original d'une preuve écrite doit être présenté au juge. En cas de difficulté, des copies authentifiées sont exigées. Pour les documents conservés par un autre organisme, il faut que la copie soit authentifiée par ce dernier. S'agissant des graphiques et tableaux, des livres de comptes et des documents scientifiques, ils doivent être accompagnés d'explications littérales. Les procès-verbaux établis par l'administration et servant de fondement à l'acte administratif contesté doivent être dûment datés et signés par les agents publics et les administrés concernés. S'agissant des preuves formées à l'étranger, elles doivent en principe être authentifiées par les notaires de l'État où ces preuves sont produites et certifiées par des autorités consulaires chinoises situées dans ce pays.

C – Les précisions apportées aux règles concernant la recherche de preuves menée par le juge et la conservation de preuves

Selon la Loi sur le contentieux administratif (article 34), les tribunaux populaires peuvent non seulement contraindre les parties à fournir ou à compléter les preuves produites mais également mener des enquêtes auprès des personnes concernées afin d'en recueillir d'autres. Ces dispositions législatives sans précision ont entraîné une dérive dans la pratique judiciaire qui consiste à substituer le juge aux parties au procès dans la recherche de preuves.

Pour que les tribunaux exercent correctement ce pouvoir, les « *Explications* » (article 29) de 1999 ont précisé que le juge ne pourrait procéder lui-même

à la recherche de preuves que dans les deux cas suivants : premièrement, lorsque, en dépit de leur connaissance sur les pistes, le requérant, le tiers ou leur représentant ne sont pas en mesure de se les procurer eux-mêmes ; deuxièmement, lorsque les parties se trouvent dans l'impossibilité de se procurer les originaux de preuve qui sont pourtant exigés par l'instruction de l'affaire.

Dans le prolongement des règles de droit fixées par le législateur sur la conservation de preuves, les « *Règles sur la preuve* » ont apporté des précisions sur la demande de conservation de preuves et sur les mesures à prendre pour atteindre ce but.

D – Le renforcement du caractère contradictoire du procès et des règles concernant l'admission des preuves par le juge

Dans les « *Explications* » et les « *Règles sur la preuve* », la Cour suprême a déclaré que « *toutes les preuves doivent être montrées et discutées à l'audience et les preuves n'ayant pas fait l'objet d'une confrontation entre les parties ne peuvent pas être utilisées dans le jugement* ». À ce principe s'ajoutent les règles de droit concernant le déroulement de la confrontation des preuves, la validité des preuves admises par toutes les parties avant l'audience, ainsi que l'interdiction de discuter publiquement les preuves mettant cause les secrets d'État, les secrets du commerce et les secrets personnels. Les « *Règles sur la preuve* » ont également précisé le délai et la procédure à suivre pour faire appel à un nouveau témoin (article 43).

En ce qui concerne l'appréciation et l'admission des preuves par le juge, les « *Règles sur la preuve* » ont repris les règles que la Cour suprême avait affirmées dans les « *Explications* » de 1999 tout en apportant plus de précisions sur la force probante de preuves, des preuves de préférence, des preuves invalides et exclues. En principe, les preuves recueillies par le défendeur après la prise de la décision contestée et celles recueillies en violation grave de la procédure légale ne peuvent pas être utilisées pour justifier la légalité de l'acte administratif concret incriminé. De plus, les preuves recueillies et complétées par l'autorité administrative saisie du recours administratif, gracieux ou hiérarchique, ne peuvent pas être admises par le juge de première instance pour confirmer la légalité de l'acte administratif contesté. En outre, les nouvelles preuves fournies par l'administration en appel ne peuvent être utilisées pour annuler ou réformer le jugement de première instance.

Entérinant certaines expériences judiciaires acquises pendant les dix dernières années, les « *Explications relatives à l'application de la loi sur le contentieux administratif* » et les « *Règles sur la preuve en contentieux administratif* », en

tant que textes interprétatifs de la Loi sur le contentieux administratif du 4 avril 1989, ont permis, d'une part, de combler certaines lacunes laissées par cette dernière et, d'autre part, de compléter les dispositions législatives existantes un peu trop synthétisées. Sur le plan de la perfection du régime juridique en contentieux administratif, l'édiction de ces deux documents judiciaires représente sans doute un grand pas vers la concrétisation du principe de la légalité administrative, bien que la façon dont la Cour suprême procède à l'interprétation des lois essentielles pourrait poser une autre question, celle de la rationalité du système chinois des sources du droit.

Vers une évolution de la profession d'avocat en Chine

DOCTRINE

F3555

LA CHINE ET LE DROIT

La Chine connaît un développement économique sans précédent.

Pékin est aujourd'hui une ville moderne avec une activité frénétique, des magasins qui regorgent de biens et des embouteillages dans les grandes artères.

Le développement économique et l'adhésion de la Chine à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) justifient à eux seuls une évolution de la loi sur la profession d'avocat.

C'est dans ces conditions que le ministère de la Justice de la République populaire de Chine a invité des représentants des Barreaux français, allemand, japonais, anglais et américain à partager leur expérience et à répondre à leurs questions sur l'organisation de la profession d'avocat dans leurs pays respectifs.

J'ai eu la chance de représenter le Barreau de Paris lors de cette réunion qui s'est tenue les 11, 12 et 13 novembre 2003 à Pékin.

Cet article constitue une réflexion sur les échanges qui se sont déroulés lors de ces trois journées, échanges au cours desquels les représentants du Ministère de la Justice chinois ont plus posé de questions qu'ils n'ont répondu aux nôtres.

I. LE STATUT ACTUEL DE L'AVOCAT EN CHINE

Faut-il rappeler que pendant vingt ans, les facultés de droit ont été fermées et la profession d'avocat a été supprimée ?

Elle n'a été rétablie qu'à la fin des années 1970.

Dans un premier temps, les avocats étaient des fonctionnaires appartenant à des « cabinets » créés par les administrations ou par les municipalités.

Le 28 août 1980, un « règlement provisoire sur la profession d'avocat » a été adopté par le comité permanent de l'Assemblée populaire nationale.

Il s'agissait là d'un texte très court qui comportait peu de règles déontologiques.

Une loi sur la profession d'avocat a été adoptée le 15 mai 1996 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997.

Cette loi est également succincte.

Elle traite essentiellement de l'admission dans la profession.

L'accès à la profession est ouvert à toute personne justifiant d'études supérieures en droit de

Jérôme CAYOL

Avocat au Barreau de Paris

Membre du Conseil de l'Ordre

Délégué du Bâtonnier de Paris aux relations institutionnelles

Cabinet Cayol Cahen & Associés

trois ans ou d'une formation équivalente, ou d'une formation supérieure de plus de quatre ans, quelle que soit la matière.

Le candidat doit alors ou passer un concours national ou déposer une demande d'exercice auprès du ministère de la Justice. Il obtient alors le titre d'avocat.

Cependant, celui-ci ne suffit pas pour exercer. Il faut obtenir chaque année une licence d'exercice auprès du ministère de la Justice.

La loi traite également des associations d'avocats installées au niveau provincial et au niveau des villes et regroupés au sein d'une association nationale ACLA (All China Lawyers Association).

Ces associations ne constituent pas des Barreaux, puisqu'elles ne délivrent pas les autorisations d'exercer, ne fixent pas les règles professionnelles, n'ont pas le pouvoir disciplinaire.

Le pouvoir disciplinaire est exercé par le ministère de la Justice par l'intermédiaire du directeur local du département de la justice.

La loi contient en outre des dispositions concernant les règles professionnelles.

Les règles déontologiques visent essentiellement à prévenir la corruption.

Les avocats sont astreints à un secret professionnel, mais à la demande d'un tribunal, les avocats ont une obligation de coopérer avec la justice.

II. LES OBJECTIFS AVANCÉS DE LA RÉFORME

Nous avons été reçus par M^{me} Hu Zejun, vice-ministre de la Justice et par M. Zhao Dacheng, directeur général du département des avocats et des notaires au ministère de la Justice.

La ministre a indiqué que depuis sept ans, la profession d'avocat s'était beaucoup développée et s'était structurée, qu'il y avait 130.000 avocats en Chine dont certains travaillent maintenant, dans de grands cabinets.

Elle nous a dit qu'elle constatait une augmentation du rôle social de l'avocat et considérait que compte tenu du développement de l'économie de marché et de l'ouverture de la Chine sur l'étranger, le ministère de la Justice souhaitait modifier sensiblement les règles concernant la profession d'avocat.

M. Chen Weidong, professeur de droit à l'Uni-

versité de Pékin, a indiqué qu'il était nécessaire de changer la loi sur les avocats parce que l'économie chinoise avait beaucoup évolué.

L'objectif de la réforme serait, selon lui, de faire de la Chine rien de moins qu'« un État de droit ».

Jusqu'à présent, on parlait dans la loi des devoirs de l'avocat, M. Chen Weidong considère que désormais, il conviendra d'établir les droits de l'avocat.

III. LES QUESTIONS ABORDÉES

Un certain nombre de questions très pratiques ont été abordées par nos interlocuteurs chinois.

a – Les études et la qualification

Les avocats chinois doivent actuellement recevoir chaque année une licence du Gouvernement après avoir effectué un stage.

Le ministère de la Justice envisage de créer une école du Barreau.

La question qu'il se pose est de savoir si la durée de la licence d'exercice doit demeurer annuelle.

Nos interlocuteurs s'interrogent sur la manière dont on pourrait contrôler la moralité d'un avocat si on lui accordait une licence une fois pour toute.

b – Le système des sanctions

L'échelle des sanctions ressemble à la nôtre : avertissement, blâme, suspension, radiation.

Nos interlocuteurs chinois nous ont précisé qu'avant 1980, le règlement chinois concernant les avocats permettait au ministère de la Justice de les sanctionner, mais qu'aujourd'hui, les sanctions sont plus limitées et sont rarement imposées.

Un débat s'en est suivi sur le fait de savoir si on pouvait sanctionner un avocat pour un comportement en dehors de son activité professionnelle.

c – Le monopole du droit

Actuellement, il n'existe pas de monopole de la représentation en Justice pour les avocats, ni au civil, ni au pénal.

Un très grand nombre de personnes assiste donc en Justice les parties sans avoir la qualification d'avocat.

Il nous a été indiqué que dans les années 90, à cause du faible nombre d'avocats, il ne pouvait pas être envisagé de créer un monopole, mais que les circonstances étaient différentes aujourd'hui.

d – Le secret professionnel

Les questions de secret professionnel ont été abordées rapidement.

Il nous a été exposé le système chinois actuel dans lequel le secret n'est pas absolu, mais où une certaine confidentialité s'impose.

Nous avons, de notre côté, indiqué que dans les pays occidentaux, le secret de l'avocat était absolu. Nous en sommes restés là !

IV. LES ENJEUX FONDAMENTAUX

Au travers des différentes questions abordées, deux débats de fond se sont dégagés.

L'un portant sur les droits de l'avocat, l'autre sur le rapport entre intérêt général et intérêts privés.

a – Les droits de l'avocat

Les intervenants chinois nous ont indiqué qu'il était essentiel, dans le cadre de la révision de la loi sur les avocats, de préciser les « droits de l'avocat ».

Il s'agissait même, selon eux, de l'élément essentiel de la réforme.

Les droits de l'avocat consistent, d'après nos interlocuteurs chinois, notamment dans la possibilité de rencontrer un détenu en prison, d'avoir accès à son dossier, de pouvoir intervenir pendant une enquête pénale.

Nous avons compris que dans la pratique, il était peu fréquent que l'avocat ait accès au dossier de l'accusation avant l'audience.

Les responsables du ministère de la Justice chinois ont indiqué qu'à terme, la reconnaissance de ces droits de l'avocat impliquerait vraisemblablement une réforme de la procédure pénale et peut être même une réforme constitutionnelle.

J'ai fait remarquer que ce qui étaient dénommés par le ministère chinois de la Justice « droits des avocats » étaient en réalité des droits de l'homme et que ces dispositions ne figuraient pas dans nos pays dans les lois sur les avocats, mais dans la Constitution ou dans le Code de procédure pénale ou dans différents textes législatifs.

Le professeur Fan Chong Yi, professeur de science politique a répondu que les dispositions de la Constitution étaient trop vagues et n'étaient pas applicables et que s'il fallait attendre que chaque ministère accorde des droits nouveaux, la loi sur les avocats serait impossible à mettre en œuvre.

C'est la raison pour laquelle il considérait que « *les droits de l'avocat devaient impérativement figurer dans la loi sur les avocats* ».

On nous a indiqué que la Chine devait adopter des méthodes de réforme pragmatiques et qu'il fallait donc que la loi sur les avocats établisse très précisément les droits des avocats.

b – Intérêt général, intérêts privés

Les avocats défendent les intérêts privés, mais l'avocat doit aussi, par son rôle social, être un garant de l'intérêt général.

Un grand nombre de discussions ont porté sur la

conciliation de ces deux aspects de la profession d'avocat.

Peut-on confier au Barreau le contrôle de la moralité de l'avocat, alors qu'il s'agit de vérifier, pour le ministère de la Justice chinois, si les avocats agiront bien dans l'intérêt général ?, quels sont les moyens des Barreaux pour savoir si a priori, un avocat aura « une bonne conduite » ?, l'État peut-il déléguer le pouvoir de sanction aux structures professionnelles, alors que ce pouvoir de sanction est établi dans l'intérêt général ? est-ce à la profession ou à l'État d'être arbitre de l'équilibre entre les intérêts privés de chacun des avocats, l'intérêt de la profession et l'intérêt général ?

Nos interlocuteurs chinois s'interrogent également sur les relations qui peuvent exister entre le ministère de la Justice et les organes représentatifs des avocats lorsque ceux-ci sont indépendants.

Le ministère de la Justice pourra-t-il continuer de donner des directives à l'Ordre des avocats et si le ministère de la Justice ne peut plus donner de directives, comment une politique judiciaire sera possible ?

Une grande partie de la réflexion a également porté sur la responsabilité de l'avocat vis-à-vis de l'État, vis-à-vis de son client et sur les conditions dans lesquelles celle-ci pouvait être limitée par la loi.

EN CONCLUSION

Il nous est apparu que nos interlocuteurs avaient engagé une réflexion en profondeur sur ce qu'était la profession d'avocat et sur ce qu'elle devait être en Chine dans les années qui viennent.

On nous a laissé entendre que la situation actuelle de la profession d'avocat en Chine n'était pas satisfaisante.

Nos interlocuteurs chinois nous ont indiqué qu'ils constataient une certaine convergence des règles régissant la profession d'avocat dans les différents pays occidentaux, qu'ils soient de tradition continentale ou de « *common law* ».

Je me garderai cependant bien de faire un quelconque pronostic sur les règles qui seront adoptées par les prochaines années par la Chine concernant la profession d'avocat.

Il convient de souligner qu'à la suite de l'entrée de la Chine dans l'OMC et de l'annonce d'une réforme du règlement relatif à la gestion des cabinets d'avocats étrangers installés en Chine, l'on s'attendait à une plus grande ouverture du secteur des professions juridiques, alors que le règlement publié le 22 décembre 2001 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002, maintient presque toutes les restrictions relatives à l'exercice en Chine des avocats étrangers.

Cependant, nous savons tous que la Chine a quelques millénaires de plus que nous et que le temps n'y coule peut-être pas à la même vitesse que dans nos pays.

En Chine, toute réforme doit prendre en compte un passé « particulièrement présent ».

La rencontre souhaitée avec des avocats occidentaux constitue déjà en soi un profond signe d'ouverture et un besoin d'informations pratiques.

Même si un court séjour ne permet pas de porter un jugement critique, il apparaît évident que cette rencontre organisée par le ministère de la Justice doit être prolongée par des rencontres entre avocats chinois et avocats occidentaux afin de mieux faire connaître nos propres règles et nos traditions.

Le séminaire organisé par l'UIA va dans ce sens. Espérons que les avocats français sauront à l'avenir être de plus en plus présents sur le marché chinois.

Exécution des décisions judiciaires et arbitrales en Chine

DOCTRINE

F3556

LA CHINE ET LE DROIT

On ne peut aborder la question de l'exécution des décisions judiciaires et arbitrales en Chine, sans évoquer en premier lieu le poids d'une tradition plusieurs fois millénaire qui impose de résoudre tout différend à l'amiable et la répugnance, pour ne pas dire le refus absolu, de tout chinois de recourir au procès.

Si la médiation est devenue, dans l'ensemble du monde, en particulier dans le monde anglo-saxon un mode quasiment incontournable de résolutions des conflits à l'amiable, il n'en constitue pas moins qu'une antidote au procès auquel on continue, ce qui est le cas le plus général, à recourir en cas d'échec.

Dans le monde chinois, la médiation est considérée comme devant faire impérativement échec au procès.

Néanmoins, au fur et à mesure des développements des échanges avec le monde extérieur, les chinois commencent à évoluer, contraints, dès lors qu'ils sont confrontés à l'étranger à des juridictions dont ils doivent respecter les jugements et les exécuter, d'admettre la nécessité pour les parties étrangères de bénéficier de la même situation.

Mais, outre le fait que seuls les avocats de nationalité chinoise sont autorisés à représenter les parties devant les Tribunaux, il est clair qu'à part un certain nombre d'exceptions, le recours aux tribunaux étatiques chinois ne peut apporter au judiciaire étranger les mêmes garanties que celles qu'il attend d'une juridiction de son pays d'origine.

À cette difficulté de structure de l'organisation judiciaire de la Chine vient s'ajouter la difficulté, pour ne pas dire la quasi impossibilité d'obtenir l'exécution d'un jugement car demander l'exécution d'une condamnation tranche encore plus profondément que le recours au procès dans le vif d'une répulsion quasi charnelle de tout chinois à utiliser la violence pour régler un conflit.

C'est donc sous cet éclairage que nous allons aborder les remarquables efforts menés par le législateur chinois, ainsi que par la Cour suprême populaire, pour tenter de passer outre aux réticences d'une tradition culturelle tout à fait étrangère à notre vision occidentale des solutions tranchées, où le glaive supportant les deux plateaux de la balance, image traditionnelle de notre justice, exprime bien le caractère particulièrement contraignant et tranchant de l'exécution d'une décision de justice.

Jacques SAGOT

Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Anthemis Avocats
Arbitre auprès de la CIETAC

Hanqi XIE

Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Hanqi Xie Associés

I. LE RÉGIME CHINOIS DE L'EXÉCUTION FORCÉE

Selon les dispositions du Code chinois de la procédure civile, lorsqu'une décision judiciaire est devenue définitive mais que la partie à qui incombe l'obligation d'exécution ne l'a pas exécutée, l'autre partie a le droit de déposer une requête auprès du tribunal compétent en vue d'une exécution forcée.

L'exécution forcée peut également être mise en œuvre pour l'exécution des actes authentifiés, ou des actes de conciliation établis sous l'égide du tribunal.

Elle peut enfin être mise en œuvre pour l'exécution des sentences arbitrales chinoises après un contrôle exercé par le tribunal conformément aux dispositions du Code de Procédure Civile, ainsi que pour celle des sentences arbitrales et des décisions judiciaires rendues par un tribunal arbitral ou judiciaire étranger, après un contrôle exercé selon la loi chinoise, les accords gouvernementaux bilatéraux ou les conventions internationales intéressées.

a – Organisation

En Chine, l'exécution forcée est entièrement l'affaire du tribunal. En principe chaque juridiction possède une chambre de l'exécution, chargée à la demande d'une partie intéressée, de la mise en exécution forcée des décisions judiciaires ou arbitrales ayant force exécutoire, des actes authentiques ou des actes de conciliation établis sous l'égide du tribunal.

La chambre de l'exécution est composée de juges de l'exécution, du personnel d'exécution et de la police judiciaire. Par l'importance de son personnel et de ses attributions particulières, elle constitue l'un des trois piliers d'une juridiction chinoise, avec le secteur du contrôle de la recevabilité et les chambres d'instruction et de jugement.

Dans le régime chinois, la chambre de l'exécution possède des attributions importantes, en tout cas beaucoup plus étendues que celles du juge de l'exécution dans le régime français. En effet, elle cumule les fonctions de juge, d'huissier et de police, et est munie de tous les pouvoirs et moyens nécessaires pour l'organisation et la mise en œuvre de l'exécution forcée.

Le tribunal compétent est en principe le tribunal qui a connu le dossier en première instance. S'agis-

sant d'une affaire ayant des éléments d'extranéité, c'est une cour intermédiaire qui est compétente, soit celle de première instance, soit celle du lieu de domicile de la personne à qui l'obligation d'exécution incombe, soit celle du lieu où se trouvent les biens objets de l'exécution.

b – Dépôt de la requête

La requête en exécution forcée doit être déposée dans un délai de 6 mois à compter du jour d'expiration du délai imparti pour l'exécution volontaire. Mais ce délai peut être porté à 12 mois si l'une des parties ou des deux parties sont des personnes physiques.

En principe, le demandeur à l'exécution forcée n'a qu'à déposer, auprès du tribunal compétent, une requête accompagnée de la décision ou de l'acte en force exécutoire en cause et à payer les redevances d'exécution préfixées selon la nature et le montant des biens mis en cause. La chambre de l'exécution prend alors en charge le dossier pour la suite.

c – Déroulement

Après un examen et si la requête en exécution forcée est jugée recevable, la chambre de l'exécution signifie à la partie à qui incombe l'obligation d'exécution une sommation, lui ordonnant d'exécuter ses obligations dans un délai prescrit.

En cas de non exécution dans le délai imparti, la chambre de l'exécution peut ordonner et organiser toutes mesures coercitives autorisées par la loi : saisie des biens, blocages de comptes bancaires, virement bancaire forcé, vente publique des biens saisis, saisie-arrêt, expulsion, etc.

Le fruit de l'exécution forcée est remis par la chambre d'exécution à la partie intéressée au fur et à mesure de la procédure d'exécution, ou à la fin de la procédure.

II. DIFFICULTÉS CONSTATÉES DANS LA PRATIQUE

Le fonctionnement de ce régime de l'exécution forcée s'est pendant longtemps avéré insatisfaisant dans la pratique. Cela se manifeste essentiellement dans les quatre domaines suivants :

a – Défauts de certains mécanismes légaux

Plusieurs mécanismes du régime d'exécution forcée actuellement en vigueur font l'objet d'une vive critique de la part tant des professionnels du droit que des profanes. Ce sont notamment :

– Sommation d'exécution. Selon la loi chinoise en vigueur, après avoir reçu la requête en exécution forcée, la chambre d'exécution doit adresser une sommation à la personne à qui incombe l'obliga-

tion d'exécuter lui ordonnant d'exécuter ses obligations dans un délai imparti. Celui-ci est librement fixé par le juge de l'exécution, en général de 3 à 10 jours. Souvent, ce mécanisme de sommation permet à la personne à qui incombe l'obligation d'exécuter d'avoir le temps d'organiser son insolvabilité ou de dissimuler et transférer ailleurs ses biens.

– Régime des biens insaisissables. Pour les personnes physiques, le Code de procédure civile prévoit clairement qu'il faut laisser à la personne à qui incombe l'obligation d'exécuter et aux personnes dont elle a la charge les biens et les fonds nécessaires à leur vie. Si une telle disposition peut être justifiée pour des raisons humanitaires, la pratique à l'égard des établissements publics et des entreprises personnes morales constitue un obstacle sérieux à l'efficacité du régime chinois de l'exécution forcée.

En effet, la pratique veut que l'exécution forcée ne peut avoir comme objet les biens d'État nécessaires au bon fonctionnement des pouvoirs publics et des établissements publics. Ces biens comprennent les fonds provenant du budget de l'État, les équipements et installations indispensables et les fonds nécessaires pour leur fonctionnement. Sont seuls saisissables les fonds et les biens hors budget.

Autrement dit, l'arme de l'exécution forcée est presque inutile à l'égard des établissements publics. Quant à l'exécution forcée à l'encontre des entreprises personnes morales, les juges de l'exécution sont tenus de prendre en considération les conséquences économiques et sociales qui pourraient en résulter : la fermeture d'une entreprise, la mise en chômage de son personnel, ou simplement la réduction de la rentrée fiscale. Ainsi pour ne pas porter atteinte à la production de l'entreprise et à la stabilité sociale, tous les biens liés à la production et au fonctionnement normal de l'entreprise sont en principe hors du champ de l'exécution forcée. Seuls sont saisissables les biens jugés de luxe.

Obligation de fournir des informations sur les biens saisissables. La réglementation en vigueur exige du demandeur à l'exécution forcée de fournir, au moment du dépôt de sa requête, des informations relatives aux biens de la partie à qui incombe l'obligation d'exécuter. Or dans la plupart des cas le demandeur se trouve dans l'impossibilité de fournir ce genre d'informations, ce qui peut donner au tribunal un prétexte pour son inaction ou son inertie.

b – Mauvaise foi du débiteur

Dès qu'il se sent menacé par une exécution forcée, le débiteur a une forte propension à organiser son insolvabilité. Cette pratique est d'autant plus généralisée en Chine que l'organisation de l'insolvabi-

lité est facilitée par l'existence de lacunes dans la réglementation. Les procédés usuellement utilisés sont les suivants :

– Retrait des fonds en espèce. En Chine, le retrait ou le dépôt d'espèces en grande quantité est peu réglementé. À cela s'ajoutent le secret bancaire excessif et la possibilité d'ouvrir un compte bancaire sous un faux-nom, qui a été longtemps autorisée.

– Transfert de biens à une tierce personne. La Chine n'a pas encore établi une fiscalité rigoureuse relative à la donation. De ce fait, le débiteur peut facilement transférer frauduleusement, sans risque fiscal, ses biens à une tierce personne, sous forme d'une donation. Les plus malins commencent ce transfert des biens dès le début de la procédure en première instance, certains n'hésitent même pas à recourir à l'arme du divorce, pour que tous les biens familiaux soient inscrits sous le nom exclusif de leur conjoint et soient ainsi mis hors de cause.

– Société coquille vide. Le transfert de biens à une tierce personne est également fréquemment utilisé par les entreprises : dès qu'elles se sentent menacées par le risque d'une condamnation, elles créent une autre société et y transfèrent l'essentiel de leurs biens et leur clientèle, laissant ainsi aux créanciers une coquille vide qu'est la société défaillante.

c – Protectionnisme local

Malgré sa prétention à vouloir désormais être un pays de l'économie de marché, la Chine reste un pays où l'administration s'ingère considérablement dans la vie micro-économique et dans la vie sociale. Pour assurer la croissance économique, la rentrée fiscale et les emplois de leur propre région, les autorités locales protègent jalousement les entreprises phares locales et une telle protection est d'autant plus efficace qu'en Chine, la justice, la police, les banques ou tout autre établissement situés dans une région sont tous censés obéir hiérarchiquement à l'administration de cette région.

Par conséquent, lorsque l'exécution d'une décision judiciaire risque de mettre en péril une entreprise protégée par l'administration locale, elle est exposée à rencontrer dans sa réalisation de grandes difficultés dues à l'absence de coopération sincère de la part du tribunal local, des établissements bancaires ou d'autres personnes à qui incombe l'obligation d'assistance dans l'exécution forcée.

d – Corruption et "guanxi"

Il ne faut jamais sous-estimer les effets de la corruption et des guanxi dans l'exécution forcée.

En effet, une bonne partie des difficultés de l'exécution forcée résulte de ce que le personnel chargé de la mise en exécution forcée n'a pas la volonté d'accomplir correctement les devoirs que lui

impose la loi, soit parce qu'il a reçu une enveloppe ou autre avantage de la part du débiteur, ou bien le débiteur est son ami ou une personne recommandée par quelqu'un. En tout état de cause, la recherche par le débiteur de la « coopération » du personnel de l'exécution est une pratique courante, notamment dans les petites localités.

III. EFFORTS POUR L'ASSAINISSEMENT DU DOMAINE

La corruption des juges est apparu, au cours de la dernière décennie, comme un sujet brûlant. Elle fait l'objet d'un mécontentement général, à tel point que dans certaines régions, le rapport annuel du travail des tribunaux a été rejeté par l'assemblée populaire locale, ce qui a été sans précédent dans l'histoire de la Chine populaire où l'assemblée populaire est considérée comme une assemblée d'enregistrement.

C'est la raison pour laquelle d'importantes mesures ont été prises ces dernières années en vue de l'assainissement de la profession des juges et pour l'amélioration de la réglementation concernée.

En matière d'exécution forcée, plusieurs textes ont été élaborés et mis en application, notamment :

– « *Dispositions relatives à certaines questions en matière d'exécution assurée par les tribunaux* », publiées par la Cour suprême de la RPC le 8 juillet 1998 et entrées en vigueur à partir du 18 juillet 1998 ;

– « *Avis relatif à la régulation des opérations d'exécution assurées par les tribunaux et des obligations d'assistance des banques en la matière* », publié le 4 septembre 2000 conjointement par la Cour suprême et la Banque populaire de Chine ;

– « *Avis conjoint relatif à la mise en exécution des actes de créances authentifiées ayant force exécutoire* », publié le 21 septembre 2000 conjointement par la Cour suprême et le ministère de la Justice ;

– « *Avis relatif à certaines questions méritant notre attention dans le traitement des dossiers ayant des éléments d'extranéité en matière civile et commerciale, au cours de l'instruction et de l'exécution* », publié le 17 avril 2000 par la Cour suprême ;

– « *Dispositions relatives aux sanctions disciplinaires en matière d'exécution assurée par les tribunaux populaires* », publiées le 12 septembre 2002 par la Cour Suprême.

– « *Quelques dispositions relatives à la mise en application rigoureuse du régime de sanction établi par la loi sur les juges* », publiées le 10 juin 2003 par la Cour suprême populaire.

Ces textes, notamment les deux derniers, ont essayé de préciser les modalités procédurales léga-

les à suivre par le personnel chargé de l'exécution forcée, les obligations à observer par les tribunaux, les banques et toute autre personne intéressée dans la réalisation de l'opération d'exécution forcée, et les sanctions en cas d'infraction.

Le texte du 12 septembre 2002 énumère en détail les actes passibles d'une sanction disciplinaire, notamment :

- refus de recevoir une requête en exécution forcée malgré sa recevabilité ;
- augmentation de redevances d'exécution en violation des tarifs réglementés ;
- infraction à la réglementation relative à la récusation ;
- divulgation illicite d'information au débiteur, de sorte que celui-ci a pu dissimuler ou transférer ses biens ;
- inertie ou carence intentionnelle dans l'exécution de la mission ;
- carence dans la prise des mesures nécessaires telles que la saisie, le blocage bancaire, la vente publique ;
- main-levée illégale des biens saisis ou bloqués ;
- partialité en faveur de l'une des parties, dans l'intérêt personnel ou pour des raisons purement subjectives ;
- fraudes, dans l'intérêt personnel ou dans celui de l'une des parties, dans le choix de l'établissement d'audit, d'évaluation, de vente publique ou d'expertise ;
- instruction ou allusion donnée à des personnes intéressées, dans le but de faire baisser ou hausser frauduleusement la valeur évaluée ou le prix de vente publique ;
- décision prise irrégulièrement et contre la loi, visant à surseoir, suspendre ou terminer l'exécution ;
- refus de redémarrer une opération d'exécution qui doit se poursuivre ;
- établissement intentionnel d'un acte d'exécution contraire à la décision du tribunal collégial ou du conseil des jugements ;
- contrefaçon ou falsification d'actes d'exécution ;
- destruction ou dissimulation intentionnelle du dossier et des preuves ;
- irrégularités dans la signification d'actes d'exécution ;
- irrégularités dans la saisie ou dans le partage des biens saisis ;
- retard intentionnel dans l'exécution ;
- acceptation de la corruption des parties ou de leur mandataire ;
- interception, détournement, malversation ou partage des fonds saisis ou de leurs produits ;

Les procédés réprimables énumérés par ce texte sont au nombre de 32. Les sanctions disciplinaires évoquées sont les suivantes : avertissement, notation de faute grave, rétrogradation, révocation de la fonction, exclusion et radiation. Bien entendu, ces sanctions disciplinaires n'empêchent pas une poursuite pénale ou civile à l'encontre de la personne défaillante.

En même temps, une campagne d'assainissement du corps des juges et du personnel auxiliaire est en cours. L'accès à la profession de juges est désormais obligatoirement soumis à un concours national. Les juges actuellement en fonction qui ne possèdent pas un diplôme d'au moins 4 ans d'études juridiques supérieures sont priés de faire un recyclage, et de nombreuses personnes ont été invitées à démissionner pour incompetence. Les infractions commises par les juges et les fautes dans l'exercice de leur fonction semblent désormais moins tolérées, voire même sévèrement sanctionnées (cf. le texte du 10 juin 2003 précité).

Toutefois, cet assainissement en vue de faire du corps des juges un corps professionnel mieux formé, plus compétent et digne de la confiance de la population, risque d'être une mission de longue haleine. En effet, le changement d'un corps de 280 000 personnes, composé pour une bonne partie de personnes qui n'ont jamais eu une formation juridique supérieure et, notamment, le changement de la culture juridique d'un peuple fort de plus d'un milliard trois cent millions de personnes, ne se réalisent pas du jour au lendemain.

Par ailleurs, le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale a publié le 29 août 2002 une « *Interprétation législative relative à l'article 313* », qui a comme objectif de renforcer les sanctions pénales contre le refus de l'exécution forcée, le refus de fournir l'assistance dans l'opération de l'exécution forcée et l'ingérence abusive en la matière.

Cette « interprétation » prévoit par exemple que lorsque la personne à qui incombe l'obligation d'assistance pour l'exécution forcée a refusé de faire le nécessaire pour la réalisation de celle-ci, de sorte que la décision judiciaire ne peut finalement être exécutée, elle est passible à trois ans d'emprisonnement. En cas de connivence entre des fonctionnaires et la personne à qui incombe l'obligation d'exécution, ces fonctionnaires peuvent être poursuivis pour délit de complicité et délit d'empêchement à l'exécution forcée.

L'exécution d'une décision judiciaire ou arbitrale est la finalité de toute procédure judiciaire ou arbitrale. En ce sens, la crédibilité et la vitalité d'un régime judiciaire tout comme de l'arbitrage dépend dans une grande mesure de l'efficacité de son régime d'exécution forcée.

Jusqu'à ce jour, l'exécution reste un maillon faible du régime judiciaire chinois. Nos investisseurs européens doivent donc être conscients de ce facteur dans la détermination de leur stratégie globale, lorsqu'ils sont amenés à résoudre un litige avec leur partenaire chinois par la justice ou par l'arbitrage. Il convient d'apprécier à juste titre les risques d'une éventuelle exécution forcée au regard du profil de la partie adverse et de la localité concernée, et de prendre en temps utile les mesures de prévention nécessaires.

Certes, il convient de reconnaître que les efforts des autorités chinoises pour l'assainissement de la profession des juges et du domaine de l'exécution forcée commencent à porter des fruits. Vu la détermination des autorités chinoises à établir l'état de droit et des mesures prises, on pourrait espérer une

amélioration substantielle en la matière, dans un avenir proche.

Mais, de toute manière, quels que soient les lois et règlements déjà intervenus et à intervenir, il faudra encore beaucoup de temps pour que soit reconnue par un citoyen chinois la nécessité d'une « exécution » forcée à l'encontre d'une autre partie chinoise à laquelle son esprit est profondément opposé.

Si l'on veut obtenir satisfaction, il faut donc s'initier aux voies chinoises de la solution de tout conflit, comme le professeur François Jullien y invite dans son « Traité de l'efficacité » (1).

(1) François Jullien : « Traité de l'efficacité » Le Livre de Poche – Biblio Essais-1996.

Réflexions sur le droit pénal chinois depuis la mise en œuvre du Code pénal chinois de 1997

DOCTRINE

F4039

LA CHINE ET LE DROIT

HAN Xiao-Ying
Professeur de droit, Président de l'AJECF

SHI Ren-lin
Avocat à la Cour de Paris
Vice-Président de l'AJECF

LIU Xiao-peng
Professeur, Vice-Président de l'AJECF

Le droit pénal chinois nécessite des réflexions sur son évolution depuis l'entrée en vigueur du Code pénal chinois. Il a fallu attendre 18 ans, depuis 1979, pour voir la naissance du Code pénal chinois, entré en vigueur en 1997. Ce premier code pénal depuis la fondation de la République populaire de Chine en 1949, régit la répression de la plupart des infractions pénales en droit chinois. Le législateur chinois a essayé d'établir, sur la forme comme sur le fond, un code pénal à caractère moderne qui se traduit a priori par un esprit juridique avancé fondé sur des principes directeurs de droit pénal, tels que le principe de la légalité des délits et des peines, le principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi, etc. ⁽¹⁾

Sur la forme, on remarque les dispositions mieux structurées et mieux proportionnées par rapport à la loi pénale de 1979, c'est dire qu'il y a au total 452 articles dans le Code pénal chinois, au lieu des 192 articles dans l'ancienne loi (260 articles de plus) et qu'il y a également, dans chaque article, plus d'alinéas qu'avant, la définition et les éléments constitutifs de l'infraction étant, s'il y a lieu, plus clairs et plus précis.

Sur le fond, le Code pénal chinois a rassemblé des infractions dispersées auparavant dans d'autres lois spéciales, édictant d'une part, dans les « *Dispositions générales* », ses principes de la répression et la définition de termes utilisés dans le Code, et d'autre part, dans les « *Dispositions spéciales* » qui les suivent, les 422 chefs d'infractions parmi lesquels ont notamment augmenté ceux commis dans le domaine de l'administration publique et celui de l'économie.

Pourtant, en dépit de ce nouveau corpus pénal qui constitue le cœur dur de la politique criminelle chinoise, ce sont surtout les amendements apportés après l'entrée en vigueur du Code pénal chinois (I.) qui nous font réfléchir sur sa rationalité et son amélioration à réaliser à travers le mouvement des amendements (II.).

I. LES AMENDEMENTS APPORTÉS DEPUIS SON ENTRÉE EN VIGUEUR DE 1997

Six ans ont passé depuis la mise en œuvre du Code pénal chinois dont l'application nous paraît à la fois adéquate et inadéquate. Adéquate, parce que le juge trouve à prononcer son jugement plus légitimement qu'auparavant, grâce aux principes explicitement prévus par le Code pénal chinois et aux interprétations de la Cour populaire suprême, dès lors que le Code pénal chinois a annulé le principe de l'analogie à effet répressif. Inadéquate, parce que l'imperfection, l'omission ou l'imprécision de textes normatifs rend encore difficile la décision judiciaire, sans parler des risques accrus de voir violé le devoir de probité du juge, qui vient s'y ajouter corrélativement.

L'imperfection d'abord. Elle se traduit principalement par des lacunes dans certaines dispositions et par l'inexactitude dans les termes utilisés dans le Code pénal chinois. Nous pensons particulièrement à des dispositions à l'encontre des agissements commis par la personne morale, les agents des gouvernements étrangers, ou ceux des organismes internationaux, qui auraient dû être élaborées d'une manière plus effective et plus proportionnelle. Quant à l'usage de termes, il manque tantôt une définition directe ou exacte dans les « *Dispositions générales* » (la définition du mot « *danwei* », par exemple), tantôt une cohérence d'usage tout au long du Code (« *intérêts d'autrui* », article 387 ou « *intérêts irréguliers* », article 392, entre autres).

L'omission ensuite. Elle consiste surtout dans la rédaction des éléments constitutifs d'infractions, telles que le délit de dissimulation d'argent déposé à l'étranger (article 395), le délit d'exploitation générique (article 165) et le délit de profit pour les proches (article 166).

Enfin, l'imprécision de dispositions qui constitue un problème majeur dans toute la législation chinoise, résultant à la fois d'une théorie de généralité et d'abstraction dans la rédaction des textes, et d'une insuffisance de formation du législateur. Ce défaut est d'autant plus primordial qu'il transgresse un des principes directeurs du droit commun, à savoir la précision et la prévisibilité de la loi.

Heureusement, le législateur chinois a pris conscience de ces problèmes, en essayant d'amender,

(1) Han Xiao-ying, Gouverner la Chine par la loi, Nouvelles d'Europe, Paris, le 22 septembre 1998.

après l'entrée en vigueur du Code pénal chinois, des dispositions qui lui paraissent lacunaires ou inadéquates :

A – La « *Décision relative à l'achat à caractère trompeur ou aux transactions irrégulières sur des devises étrangères* », adoptée par le CPA, le 29 décembre 1998, consiste à :

- 1 – créer le délit d'achat à caractère trompeur ;
- 2 – poursuivre les transactions irrégulières de devises étrangères pour le délit d'exploitation illicite ;
- 3 – incriminer l'acte délictueux commis dont l'auteur a la qualité d'agent des douanes, des services publics intéressés, des sociétés ou des entreprises d'import-export ;
- 4 – réprimer, en vertu de l'article 280 du Code pénal chinois, le faux ou l'usage de faux dans les documents administratifs.

B – La « *Loi relative à la modification du Code pénal chinois (I)* », adoptée par le CPA, le 25 décembre 1999, intervient pour :

- 1 – créer un alinéa, dans l'article 162, pour constituer le délit de dissimulation ou de destruction de documents comptables ;
- 2 – transformer l'ancien article 168 en distinguant deux nouveaux délits concernant respectivement la négligence de fonction et le manquement au devoir de fonction, dont l'auteur a qualité du membre d'un établissement public ;
- 3 – compléter les dispositions relatives aux délits d'obligations financières par un ajout concernant les agissements avec les billets à terme.

C – La « *Loi relative à la modification du Code pénal chinois (II)* », adoptée par le C.P.A., le 31 août 2001, apporte :

- 1 – une extension du champ d'application quant à l'objet des comportements illicites réprimés par l'ancien article 342 relatif au délit d'abus d'usage de terrains, à savoir les objets en cause peuvent désormais comprendre les forêts et les prairies ;
- 2 – une substitution du terme « *terrain cultivé* » au terme « *terrain agricole* » visant de toute évidence une utilisation est plus large. Le champ d'application ainsi étendu permet de mieux préserver l'environnement.

D – La « *Loi relative à la modification du Code pénal chinois (III)* », adoptée par le CPA, le 29 décembre 2001, concerne les activités terroristes et les atteintes à la vie humaine.

- 1 – Elle modifie le délit de matériel toxique prévu par les articles 114 et 115 en délit de matériel dangereux, le mot « *dangereux* » pouvant s'appliquer à tous les matériels nuisibles à la santé publique ;
- 2 – Elle alourdit la peine encourue par les chefs de l'organisation terroriste (article 120) ;
- 3 – Elle ajoute un alinéa dans l'article 120 prévoyant

un nouveau délit dénommé « *délit de financement du terrorisme* » ;

4 – Elle élargit le champ d'application de l'article 125, en remplaçant le mot « *nucléaire* » par le mot « *matériel dangereux* » ; de même, les objets visés (fusils, munitions et explosifs) comme matériels prohibés dans l'article 127 ont été complétés par le « *matériel dangereux* » ;

5 – Elle engage la responsabilité pénale du danwei pour le délit de blanchiment d'argent sale (article 191) ;

6 – Elle ajoute dans l'article 291 deux nouveaux délits : le délit de matériel dangereux fictif et le délit d'informations terroristes fictives.

E – L'« *Interprétation relative à la qualité du coupable du délit de corruption (IV)* », adoptée par le CPA le 28 décembre 2002, décide que :

1 – l'auteur du délit de corruption passive peut être non seulement un fonctionnaire public et un membre du personnel travaillant dans un établissement public, mais encore comprendre une personne chargée d'une mission de service public (arbitre sportif, par exemple) ;

2 – le terme « *prise d'avantage indu sans régularité* » (tanzhang wangfa) de l'article 399 est remplacé par l'expression plus claire « *réception d'objet illicite* » qui aurait pu être commise par le personnel juridictionnel.

Moins d'un an après, le 21 août 2003, la Cour populaire suprême et le Parquet suprême ont conjointement promulgué le « *Règlement additionnel relatif à l'application du Code pénal chinois* », en énonçant cette fois, contrairement au sens du mot « *application* » figurant dans le titre, trois amendements de chefs d'infractions et quatre nouveaux délits, soit jusqu'à présent, au total 422 chefs d'infractions dans le Code pénal chinois. Ce sont :

a – le délit de contrebande de déchets (amendement de l'ancien « *délit de contrebande des déchets solides* ») ;

b – le délit de destruction de plantes protégées par l'État (amendement de l'ancien « *délit de destruction des plantes précieuses* ») ;

c – le délit d'achat ou de trafic de bois dérobé (amendement de l'ancien « *délit d'achat du bois dérobé* »).

d – le délit de travaux (dangereux ou lourds) par le mineur (traduit stricto sensu) ;

e – le délit de transactions des plantes ou de leurs produits ;

f – le délit de négligence par exécution ;

g – le délit d'abus de pouvoir par exécution.

Il convient de relever que les six séries d'amendements effectués sous des formes différentes pendant les six ans qui ont suivi la mise en œuvre du

Code pénal chinois de 1997 nous permettent de réfléchir d'abord sur le mouvement du droit pénal chinois et d'en déduire ensuite certaines conclusions.

II. LES RÉFLEXIONS SUR LE DROIT PÉNAL CHINOIS

Le mouvement du droit pénal chinois à travers les amendements précités inspire deux catégories de réflexions :

A – Quant à la forme

Il est regrettable que nous continuions à remarquer, pendant les six années depuis 1997, une disparité ou même une absence d'harmonisation des amendements quant à la forme de la législation : tantôt « *décision* », tantôt « *loi* » ou même « *interprétation* », cette dernière ne désignant théoriquement que l'explication judiciaire de la Cour populaire suprême ou/et du Parquet suprême, alors que ces organes sont aussi intervenus aux fins d'amender, voire d'élaborer les textes normatifs (Règlement du 21 août 2003) : il s'ensuit une confusion des rôles et des contradictions ⁽²⁾.

La dénomination de chefs d'infractions semble, par comparaison avec celle du droit français, trop longue (les articles 280, 300... du Code pénal chinois). Cela illustre sans doute le manque d'un principe de cohérence quant à la détermination de chefs d'infraction, résultant peut être en partie d'une faiblesse doctrinale qui aurait dû guider cette partie normative.

Un rythme assez fréquent d'amendements crée un risque de prolifération des dispositions qui tendent à affaiblir le pouvoir d'intimidation du droit pénal. Ce risque est d'autant plus grand que le législateur chinois paraît manquer de principes généraux consacrés à la modification de la loi ⁽³⁾, aussi bien sur le plan substantiel que sur le plan procédural.

B – Quant au fond

Une doctrine fait défaut quant à la rédaction des éléments constitutifs d'infractions. Cela se manifeste par une disparité, ou même une absence d'harmonisation entre des dispositions décrivant l'infraction (entre les articles 388, 389, 393... et les articles 165, 166, 395... par exemple).

À l'égard du principe de proportionnalité des peines, notamment à l'encontre des délits de corruption commis par la personne physique et la per-

sonne morale, nos observations permettent de relever que l'on pourrait mettre davantage en application la peine d'amende et que l'individualisation des peines ne devrait pas aller trop loin. Par exemple, le fait de dénoncer des actes répréhensibles d'autrui ne devrait pas permettre d'adoucir largement la sanction du coupable de corruption, ce qui risque de réduire la garantie pénale d'une égalité de concurrence des citoyens.

Une doctrine traditionnelle chinoise ⁽⁴⁾ estimant nécessaire un certain degré de généralité ou d'abstraction de la législation, influencée certainement par l'esprit du « *gouvernement par les rites* » ⁽⁵⁾, doit être remplacée, en vertu des principes de l'accessibilité, de la précision et de la prévisibilité de la loi, par une doctrine prépondérante de l'assemblée populaire, qui nous permettra d'élaborer des normes plus claires, plus précises et plus cohérentes. Dans la lutte contre la corruption, nous avons encore, comme nous l'avons démontré ci-dessus, un long chemin à parcourir ⁽⁶⁾.

Il nous reste un bilan à tirer au travers de ces réflexions :

- Le mouvement de modification du C.P.C. tend à élargir le champ d'application quant à la qualité du coupable (délit de corruption, les art. 385, 388...) et aux actes délictueux (les art. 397, 399...) : il va dans la bonne direction, nous semble-t-il, et correspond à l'évolution de la législation française concernée (« à tout moment » de la loi du 30 juin 2000), bien qu'il y ait encore des lacunes à combler (la corruption commise par l'agent étranger ; l'objet illicite immatériel, par exemple).

- On voit des efforts du législateur chinois pour une intégration effective et assez efficace de normes internationales en droit interne (loi du 25 décembre 1999 contre le blanchiment d'argent sale ; loi du 30 août 2001 sur la lutte pour la protection de l'environnement ; loi du 29 décembre 2001 contre les terroristes, etc.), sans parler de la ratification par le CPA le 27 août 2003 de la Convention ONU relative à la lutte contre la criminalité organisée transnationale, entrée en vigueur le 29 septembre 2003 et de la ratification du Projet de la Convention ONU relative à la lutte contre la corruption, adopté le 29 septembre 2003 par l'ONU. Ces deux Conventions imposeront désormais une nouvelle modification du Code pénal chinois à effectuer (vis-à-vis de la qualité du coupable, de l'objet illicite..., par exemple).

Tout ceci témoigne fortement de l'interaction des sources nationales et internationales : pour la

(2) Han Xiao-ying, Sur le nouvel ordre juridique international et le gouvernement par la loi, *Europen Journal*, Paris, le 18 août 2003.

(3) Un exemple plus récent vient de L'« Explication relative à l'application de la peine de mort à l'encontre de l'usager du produit appelé « toxique anti-rats » (Du Shou Qiang) » de la Cour populaire suprême et du Parquet suprême, le 8 septembre 2003.

(4) L'explication du projet de la loi pénale de 1979, par le CPA 1979, www.yahoo.com.cn.

(5) M. Delmas-Marty, *Le droit pénal chinois*, Gazette du Palais, novembre 2000, p. 34.

(6) Han Xiao-ying, De nouvelles réflexions sur la lutte contre la corruption au regard de la philosophie du droit, *Revue européenne de droit et d'économie*, n° 2, Paris, 2003.

Chine, à l'étape actuelle, l'édifice normatif devrait s'enrichir d'instruments internationaux qui lui permettront de réduire l'inadéquation de la législation, voire de parfaire les bases de la législation nationale - le mouvement étant ainsi alternatif, dialectique et complet entre normes nationales et internationales pour parvenir à un niveau encore meilleur où la justice et l'efficacité du droit seront plus assurées.

- Le législateur chinois a mis, compte tenu de la situation économique interne, l'accent sur l'amélioration de dispositions relatives à l'ordre économique (89 % des amendements en la matière), qui rejoint, bon gré mal gré, le devoir chinois d'inté-

gration des règlements que l'OMC lui impose. Quant à l'ordre « *politique* » (administratif, médiatique, social...) jouant un rôle déterminant dans la vie en société, on ne voit pas d'avancées textuelles (article 290 relatif au délit de troubles de l'ordre social et article 291 relatif au délit de troubles des lieux publics, par exemple), les éléments matériels restant à la fois vagues et généraux.

Ce problème mérite d'être souligné au regard des principes du droit commun, nous paraît-il, car toutes les législations doivent, en fin de compte, se fonder sur les droits fondamentaux basés sur le socle des droits de l'homme.

Étude d'impact sur l'environnement et investissement étranger

DOCTRINE

F3558

LA CHINE ET LE DROIT

Claude LE GAONACH-BRET
Avocat au Barreau de Paris, DS Avocat
Conseiller du commerce extérieur de la France

La protection de l'environnement est depuis plusieurs années une préoccupation des autorités chinoises. Toute nouvelle implantation d'usine, avec ou non la participation d'un investisseur étranger, implique la réalisation d'une étude d'impact. Une nouvelle loi sur l'étude d'impact est venue compléter des dispositions et pratiques antérieures.

La nouvelle loi relative à l'évaluation de l'impact sur l'environnement est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2003. Elle s'applique à tout projet de construction susceptible de produire des effets sur l'environnement. L'expression « projet de construction » vise non seulement la construction de nouvelles installations, mais aussi leur réparation et leur extension.

La loi reprend et complète les dispositions de la réglementation du 18 novembre 1998 relative aux projets de construction et à la protection de l'environnement. Toutefois, un des principaux apports de la nouvelle loi est que les autorités gouvernementales sont elles-mêmes soumises à l'obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement de leurs programmes de construction, mais aussi de leurs plans d'urbanisme, programmes de développement et d'occupation des terrains ou de zones maritimes. Par ailleurs, la loi augmente le plafond des amendes (de 100.000 à 200.000 RMB) en cas de construction sans accomplissement préalable des formalités nécessaires d'évaluation de l'impact sur l'environnement.

Tout comme la réglementation de 1998, la loi distingue trois catégories de projets de construction en fonction de leur degré d'impact sur l'environnement. Selon les cas, l'unité de construction doit fournir aux autorités compétentes les documents suivants :

- si le risque d'impact sur l'environnement est minime, un simple formulaire d'enregistrement doit être rempli ;
- si le risque est léger, une déclaration d'impact sur l'environnement doit être effectuée selon les formes requises par l'Agence nationale pour la protection de l'environnement ;
- si le risque est significatif, une étude d'impact sur l'environnement complète et détaillée devra être diligentée et approuvée.

Un catalogue, contenant des normes et des exemples, a été édité par l'Agence nationale pour la protection de l'environnement pour faciliter le

classement des projets de construction en fonction du risque pesant sur l'environnement.

En matière industrielle, le dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement doit en premier lieu être soumis à l'autorité d'approbation principale du projet industriel pour un examen préliminaire (et à l'administration des affaires maritimes pour les projets de construction en mer ou sur la côte). Le dossier est, en second lieu, déposé à l'agence locale pour la protection de l'environnement. Cette agence dispose d'un délai de soixante jours pour approuver l'étude d'impact, trente jours pour la déclaration d'impact ou quinze jours pour le formulaire d'enregistrement d'impact sur l'environnement (article 22 de la loi).

L'Agence nationale pour la protection de l'environnement est compétente pour approuver le dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque le projet porte sur des installations nucléaires, spéciales, situées sur plusieurs provinces et/ou municipalités autonomes, ou lorsque le projet est soumis à l'approbation principale d'une autre autorité centrale.

Dans le cas de l'implantation d'une société à capitaux étrangers, l'étude d'impact sur l'environnement est indissociable de l'étude de faisabilité. Elle est conduite par un des instituts chinois spécialisés choisis par l'administration chinoise qui travaillent sur des documents et informations fournis par les investisseurs, et notamment le détenteur étranger de la technologie. Ces instituts sont indépendants des autorités d'approbation du projet (article 19 de la loi). Dans certains domaines comme celui de la chimie, et lorsque le montant de l'investissement est supérieur à 30 millions de USD, l'administration peut exiger une étude d'impact préliminaire, ainsi qu'une étude de pré-faisabilité, avant l'étude d'impact et l'étude de faisabilité.

L'étude d'impact, d'après la nouvelle loi, doit notamment comporter les éléments suivants :

- une présentation générale du projet de construction,
- une description de la situation environnementale actuelle,
- l'analyse prévisionnelle et l'évaluation du risque d'impact sur l'environnement,
- le volume de pollution probable en matière solide le cas échéant (1),

(1) Article 12 de la loi de protection de l'environnement relative à la pollution de matières solides promulguée le 30 octobre 1995.

- le volume et le niveau de toxicité des effluents le cas échéant (2),
- l'analyse technique et économique des mesures de protection environnementale adoptées dans le projet de construction,
- l'analyse du profit généré et des pertes entraînés par le projet de construction,
- des recommandations pour pouvoir assurer un meilleur contrôle de l'impact sur l'environnement,
- une conclusion.

Il convient de noter que l'investisseur étranger, pour rester dans l'exemple de l'industrie chimique, doit fournir une note comportant les éléments suivants :

- le bilan matière précis, qui permet de connaître la nature et la quantité des effluents (gazeux, liquides ou solides) générés par le procédé ou les processus ;
- la liste des équipements et les risques qu'ils peuvent induire ;
- les consommations d'utilités (eau, vapeur, électricité...);
- la description et les performances des installations de traitement des effluents (épuration des eaux, incinérateur...);
- les données de sécurité des produits et substances stockés sur le site et les risques pour le personnel et les populations locales.

Par ailleurs, l'unité de construction doit recueillir les avis d'administrations compétentes, d'experts et du public. Ces avis sont joints à l'étude d'impact, sauf si la réglementation prévoit que le type de projet envisagé est secret.

Les avis des experts se présentent dans la pratique sous forme de trois grands types d'études :

- la contamination de l'air ;
- la contamination des eaux de surface et des nappes phréatiques ;
- la définition des moyens de lutte contre les incendies, explosions ou pollutions accidentelles.

Ce n'est qu'après approbation de l'évaluation de l'impact sur l'environnement, signature et approbation des différents contrats (dont bien sûr contrat de joint venture et de licence de technologie), définition et approbation des plans, que la construction peut commencer.

Après cinq années à compter de l'approbation du dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement, si la construction est toujours en cours, un nouveau dossier devra être soumis à l'autorité d'approbation principale.

L'étude d'impact est un des éléments clés du long processus de négociation et d'approbation d'un

investissement industriel. Son coût est d'autant plus élevé que l'usine est importante, et est donc sujette à des vérifications multiples, et d'éventuelles résistances locales.

Elle nécessite une grande vigilance de la part de l'investisseur étranger qui se voit dans la nécessité de fournir des informations détaillées et en même temps a le souci de protéger des informations confidentielles.

Enfin, l'investisseur étranger se trouve confronté à des normes rigoureuses, bien sûr indispensables à la protection de l'environnement et pour éviter une situation catastrophique, mais il est en même temps parfois dans l'obligation de pallier à l'insuffisance actuelle des installations existantes telles que unité de traitement des eaux et incinérateur.

(2) Article 56 de la loi relative à la protection de l'environnement marin adoptée le 23 août 1982 et modifiée le 25 décembre 1999.

Réponses de la justice pénale au défi d'une catastrophe sanitaire soudaine

Études sur les « Explications » des autorités judiciaires suprêmes chinoises en la matière

La Cour populaire suprême et le Parquet populaire suprême chinois ont émis le 13 mai 2003 les *Explications relatives à certains problèmes d'application des lois dans le traitement des délits de nature à entraver la prévention et le contrôle des maladies contagieuses soudaines et d'autres sinistres* (ci-après appelées les « *Explications* »). Cette œuvre d'interprétation judiciaire a la portée d'une réponse à un défi de l'actualité. Tout en constituant un important travail de recherche, le présent article est consacré à un bref commentaire sur ce texte.

I. LE CONTEXTE SOCIAL DE LA PROMULGATION DES EXPLICATIONS

Durant les premiers six mois de l'année 2003, une trentaine de pays au monde ont connu l'invasion insolente du « *SRAS* ». Cette épidémie extrêmement grave a eu un impact considérable et une influence très négative sur le déroulement normal de la vie politique, économique et culturelle chinoise. Face à la survenance de ce sinistre, l'union faisant la force, le peuple chinois animé d'une même volonté, a finalement remporté une grande victoire dans la lutte contre le « *SRAS* ». Pendant cette période épidémique, sont néanmoins apparus des phénomènes discordants, et surgis divers infractions et délits liés au « *SRAS* ». La dure réalité de la société exigeait que le gouvernement chinois y réponde avec décision et promptitude. Dans cette situation, le Conseil des Affaires de l'État a promulgué le 9 mai 2003 le *Règlement d'urgence relatif à la survenance d'accidents de la santé publique*, le Ministère de la Santé publique a promulgué par la suite les *Méthodes d'administration de prévention et de traitement du « SRAS » contagieux*. Basées sur le bilan des leçons et des expériences tirées du travail de prévention et de traitement du « *SRAS* » et en se conformant à l'esprit des textes tels que la *Loi sur la prévention et le traitement des maladies contagieuses* et le *Règlement d'urgence relatif à la survenance d'accidents de la santé publique*, les « *Explications* » constituent sans aucun doute un acte judiciaire important et de la façon la plus rapide, pro-

Bing-zhi ZHAO

Président de l'Association chinoise de droit pénal

Jian-ping LU

Professeur de droit

Ping SUN

Doctorante en droit

mulgué par les autorités judiciaires suprêmes de Chine en fonction de leur pouvoir d'interprétation.

II. LE CONTENU ESSENTIEL DES EXPLICATIONS

Les « *Explications* » contiennent 18 articles dont le contenu consiste essentiellement à :

1 – énoncer clairement les principes généraux de sanction à l'intention des autorités judiciaires dans le traitement des infractions liées à la santé publique, et définir nettement le sens des sinistres tels que « *l'état épidémique d'une maladie contagieuse soudaine* » ;

2 – déterminer les cas d'application de la loi à la diffusion intentionnelle ou involontaire d'éléments pathogéniques des maladies contagieuses soudaines. La diffusion intentionnelle d'éléments pathogéniques des maladies contagieuses mettant soudainement en péril la sécurité publique constituera le délit d'atteinte à la sécurité publique par des moyens dangereux ; ceux qui ont contracté ou sont soupçonnés d'avoir contracté une maladie contagieuse soudaine et qui en même temps refusent la quarantaine, l'isolement ou le traitement et qui en conséquence propagent involontairement cette maladie au point de mettre en péril la sécurité publique, seront inculpés du délit d'atteinte involontaire à la sécurité publique par des moyens dangereux, et sanctionnés en conséquence.

3 – punir sévèrement ceux qui profitent de l'état épidémique des maladies contagieuses soudaines ainsi que de la crainte psychologique du public vis-à-vis du « *SRAS* » pour exercer des activités délictueuses. Les « *Explications* » prévoient clairement de sanctionner ceux qui profitent de l'état épidémique pour exercer des activités délictueuses en se référant au délit de production et de vente de produits contrefaits ou défectueux. Elles prévoient également de sanctionner aussi sévèrement ceux qui profitent de la crainte psychologique du public vis-à-vis du « *SRAS* » pour exercer des escroqueries, chercher des querelles ou causer des troubles.

4 – déterminer la sanction des délits portant atteinte au travail de prévention et de traitement des sinistres tels que l'état épidémique des maladies contagieuses. D'après les « *Explications* », ces

comportements seront respectivement punis, selon les cas, comme constituant le délit d'entrave aux missions publiques, le délit intentionnel d'invention ou de diffusion d'informations fausses ou terrifiantes, le délit d'incitation de la division de l'État ou le délit d'incitation au renversement du pouvoir d'État.

5 – déterminer la sanction des comportements constituant des manquements au devoir ou des négligences graves dans le travail de prévention ou de contrôle des sinistres liés aux maladies contagieuses soudaines.

6 – déterminer la sanction des autres délits liés au travail de prévention ou de traitement des épidémies, des maladies contagieuses et d'autres sinistres. Ceux qui exercent illégalement la médecine et provoquent des affections graves seront sévèrement sanctionnés pour délit d'exercice illégal de la médecine ; ceux qui traitent illégalement des déchets dangereux et provoquent ainsi des accidents graves de pollution de l'environnement tels que la propagation des maladies contagieuses, pourront être sanctionnés par référence au délit de pollution de l'environnement de grande gravité.

III. BREF COMMENTAIRE

En résumé, nous considérons que les « *Explications* » sont des mesures importantes et énergiques prises par les autorités judiciaires suprêmes chinoises pour réprimer les délits portant atteinte à la santé publique, commis à l'occasion d'une catastrophe sanitaire, et qu'elles méritent dans l'ensemble d'une approbation.

1 – La caractéristique de ces « *Explications* » est de répondre aux besoins impératifs des pratiques judiciaires. Elles constituent un acte juridique important, promulgué en temps opportun et en fonction du pouvoir délégué par les lois dans la période et des conditions spécifiques. Comme la Chine est un pays de droit écrit et ne reconnaît pas le droit jurisprudentiel et que sa situation sociale est complexe, pour que la législation pénale relativement abstraite et stable réponde aux besoins réels de la pratique judiciaire, le Comité permanent de l'Assemblée nationale populaire de Chine a accordé aux autorités judiciaires suprêmes le pouvoir d'interprétation par la Décision sur le renforcement du travail des *Explications* judiciaires et par d'autres législations concernées. La Cour populaire suprême et le Parquet populaire suprême ont respectivement le pouvoir d'interprétation sur les problèmes d'application de la loi dans le travail de jugement et de contrôle. Sur base de cette délégation du pouvoir législatif et selon les changements de la situation objective, les « *Explications* » ont prévu explicitement et systématiquement les critères d'incrimination et d'évaluation de la peine ainsi que les principes d'application de la loi à l'égard des délits commis pendant la période du sinistre épidémique.

2 – La promulgation des « *Explications* » a fourni non seulement des points de repère et des normes d'application pour le jugement des délits concernés commis pendant la période épidémique du « *SRAS* », mais aussi pour l'avenir des armes juridiques acérées aux autorités judiciaires dans leur travail de prévention et de traitement des délits liés à la santé publique. On peut également dire que la promulgation des « *Explications* » donne un effet fortement dissuasif aux délits de nature à entraver la prévention, le contrôle des sinistres tels que l'état épidémique des maladies contagieuses soudaines. Elles jouent un rôle très important pour assurer le bon déroulement de la prévention et du contrôle des sinistres de ce type tels que l'état épidémique des maladies contagieuses soudaines, et pour garantir effectivement la protection de la vie et de la santé des citoyens.

3 – La promulgation des « *Explications* » a un sens très significatif pour la compréhension exacte et l'application unifiée des dispositions concernées du code pénal. La Chine est un pays qui a un territoire étendu et des nationalités nombreuses et la situation sociale est très différente d'une région à l'autre. Cela induit facilement des divergences dans la compréhension des normes de la loi pénale. La promulgation des « *Explications* » sert à unifier la compréhension sur les points susceptibles de causer des discordances dans la pratique judiciaire, et a pour objectif d'assurer une application uniforme dans tout le pays. Par exemple, la question s'est posée, sur le plan théorique, comme dans la pratique, de savoir si les informations fausses sur le « *SRAS* » diffusées et propagées relevaient-elles des informations de nature à répandre la terreur ? Les « *Explications* » ont clarifié ce point et supprimé toute divergence.

Certes, la nécessité d'avoir une interprétation judiciaire sur certains problèmes mérite d'être discutée. Dans les situations considérées, l'assimilation par les « *Explications* » de profits exorbitants et d'ententes illicites à des délits économiques déjà prévus par la loi pénale semble dépasser la compétence judiciaire et empiéter sur le pouvoir législatif.

Les applications générales de la loi des achats gouvernementaux de la République populaire de Chine

INTRODUCTION

La loi chinoise des achats gouvernementaux, conforme à la notion de marché public en droit français, a pour objet de déterminer les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes morales de droit public, afin de répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Depuis 1997, l'importance des achats gouvernementaux est largement connue en Chine, non seulement par l'impact économique en la matière (la donnée la plus importante sur la valeur totale est estimée pour 2001 à 63.5 milliards de Yuan), mais aussi par la nécessité de réforme du système politique, telle que la politique anti-corruption dans la passation des marchés.

Ce sont là autant de raisons qui expliquent l'intérêt de l'organe législatif chinois pour ce secteur : la loi, qui comporte 88 articles, organisés en 9 chapitres, a été adoptée par le Comité Permanent de l'Assemblée nationale Populaire le 29 juin 2002, et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 (1).

LE PRINCIPE

Le but poursuivi par la loi est tout d'abord de répondre au besoin de transformation de l'économie, qui tend vers l'économie de marché à caractère socialiste, c'est-à-dire d'unifier le marché national suite à la demande d'amélioration du système de finance publique, et en même temps de développer une concurrence pouvant favoriser la baisse des prix et rendre l'économie nationale plus performante.

Quatre principes s'appliquent dans le secteur des achats gouvernementaux : la transparence, l'égalité de concurrence, la justice et la bonne foi.

(1) Loi sur les achats gouvernementaux approuvée lors de la réunion de Comité permanent (28^e session) de la 9^e assemblée populaire nationale de Chine (APN, parlement chinois).

Avec le développement progressif de l'économie de marché, certaines méthodes de gestion des fonds publics qui étaient utilisées en Chine ne répondent plus aux besoins. La nouvelle Loi sur les achats gouvernementaux a donc défini les principes de gestion et d'utilisation des fonds publics de façon ouverte, équitable et transparente, cela pour améliorer l'efficacité de l'utilisation, de réduire les dépenses et d'éviter des gaspillages.

Quant à la Loi sur la promotion des petites et moyennes entreprises, elle prévoit des mesures incitatives du gouvernement en faveur de ces entreprises et ces mesures permettent d'encourager le développement de ces PME.

Wei lin YANG

Secrétaire adjoint de l'AJECF

Directeur de Centre d'étude de droit communautaire

Vice-professeur en droit à l'Université de la science politique et juridique de Nord-Ouest en Chine

Docteur en droit à l'Université Panthéon-Assas

Paris II

Les deux premiers sont les plus clairs : il incombe au pouvoir adjudicateur de garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du secteur à la concurrence ainsi que le contrôle du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

LE RÉGIME JURIDIQUE

Champ d'application de *ratione personae*

La notion de pouvoir adjudicateur est définie de façon très générale (article 2) : il s'agit de tous les organes d'État, les établissements publics et les organismes de droit public.

Pour les deux premiers, la loi prévoit deux catégories d'achats, c'est-à-dire nationale et locale, par la distinction entre budget central et budget local ; ainsi, le seuil de la première catégorie des achats est déterminé par le Conseil des affaires d'État, et la deuxième est déterminé par les collectivités locales hiérarchiques (article 27).

Concernant les organismes de droit public, il peut s'agir soit d'organismes créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général (tel que le cas de la privatisation d'un hôpital), soit d'associations financées majoritairement par l'État qui concernent le secteur culturel (par exemple, une maison d'édition).

Il n'est pas possible de présenter une liste exhaustive de ces organismes avant parution du décret d'application, pris par le Conseil d'affaires d'État pour la compléter (article 87).

Champ d'application de *ratione materiae*

La loi s'applique à trois types de contrats, conclus par le pouvoir adjudicateur comme d'habitude sous la forme d'écrit (article 44), et qui ont pour objet des fournitures, des travaux et des services :

Le premier, défini d'une façon très générale, a pour objet l'achat de tous les produits, y compris des matériels de premier degré, énergie, installations, et même des marchandises.

Le deuxième, conforme à la notion de travaux publics en droit administratif français, a pour objet l'exécution et la conception des travaux suite d'une

des activités professionnelles : bâtiments, génie civil, construction, installation, aménagement, démolition.

Le troisième type de contrat constitue une catégorie résiduelle dans la mesure où le contrat en question n'est régi ni par le contrat de fournitures ni par le contrat de travaux. Toutefois, sont toujours définis comme contrats de services ceux qui contiennent également des produits dès lors que la valeur des services dépasse celle des produits.

Les objets de ces trois contrats sont classifiés dans le catalogue du Ministère de Finance Publique.

Ces trois contrats comportent certaines exclusions par rapport à leur champ d'application. Ainsi, en sont exclus les contrats qui concernent les achats militaires, qui relèvent du domaine de défense, lesquels doivent suivre la loi spéciale (article 86).

Les trois contrats ne s'appliquent pas non plus aux achats qui sont déclarés en cas de force majeure, de sinistre naturel ou lorsque la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige (article 85).

Enfin, sont exclus certains types de contrats régis par des accords internationaux ou des règles propres à des organisations internationales (article 84).

Les procédures de passation des contrats

Il existe six types de procédures en la matière (article 26) :

– La procédure ouverte, qui est la principale modalité accordée par la loi (article 27) : tout fournisseur intéressé peut présenter une offre. En principe, elle est organisée en une seule étape, dans ce sens qu'un appel d'offres est lancé et les offres éventuelles viennent en retour.

– La procédure restreinte : seuls les fournisseurs invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre. Elle comporte essentiellement deux étapes : un appel à manifestations d'intérêt suivi de la réponse des entreprises intéressées, puis l'envoi aux entreprises sélectionnées des invitations à soumissionner, suivi de la réception de leurs offres (article 29).

– La procédure de négociation concurrentielle : les pouvoirs adjudicateurs consultent les fournisseurs de leur choix et négocient les conditions d'achats avec eux. Il y a une concurrence, mais limitée, caractérisée notamment par la soumission de plusieurs offres en total (article 30).

– La procédure des achats ayant une source unique : il s'agit d'un contrat sans formalité préalable, soit en raison de la technologie qui relève de droits d'exclusivité ou venant en complément d'un contrat précédent, soit en raison d'une urgence résultant d'événements imprévisibles (article 31).

– La procédure de l'invitation des prix, semblable au régime de l'achat sur facture suivant le nouveau Code de marchés publics français : elle se présente sous la forme d'un contrat de fourniture de marchandises standard et sans grande variation de prix (ainsi, une procédure destinée à faciliter la gestion de pouvoir adjudicateur (article 32)).

En ce qui concerne toutes les autres procédures autorisées par l'Organe de surveillance du Conseil des affaires d'État, elles ne sont pas clairement définies, ceci afin de laisser une certaine souplesse.

Le critère de sélection des soumissionnaires

Il faut souligner le caractère partiel et incomplet de ces dispositions, qui sont encore loin de constituer une loi apte à réglementer l'ensemble des questions relatives au déroulement des procédures. Ainsi, la loi ne contient que quelques indications sur la forme des soumissionnaires, c'est-à-dire soit une personne morale, soit une personne physique (article 21), et l'autorisation de groupements d'entrepreneurs à soumissionner (article 24).

En ce qui concerne les critères de sélection qualitative des entreprises soumissionnaires, la loi, en premier lieu par l'article 22-1, 2, 3, comporte certaines indications admissibles pour établir la capacité juridique, technique et financière des entreprises, y compris l'inscription au registre du commerce. Ensuite, la loi énonce deux cas où la participation d'un entrepreneur aux achats gouvernementaux peut être exclue. Ces cas comprennent par exemple des entrepreneurs qui ne sont pas en règle avec le paiement de leurs cotisations de sécurité sociale ou de leurs impôts (article 22-4), ou qui ont subi une condamnation pour un délit affectant leur moralité professionnelle au cours des 3 années précédant l'offre actuelle (article 22-5).

Cependant, elle prévoit le critère spécial de jugement selon la spécialité des achats (article 23), c'est-à-dire une lacune qui peut priver la loi de tout caractère systématique.

Les critères d'attribution du contrat

En ce qui concerne les critères d'attribution des contrats tel que le critère comme la clause de moins-disant (le prix le plus bas), ou bien la clause de mieux-disant (l'offre économiquement la plus avantageuse), la loi ne les indique pas clairement. Donc, une telle attribution peut être fondée sur des critères variables suivant le contrat en question, par exemple le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité et la valeur technique.

Dans la pratique, c'est le deuxième critère qui est principalement accepté.

Règles de publicité

Les avis des achats gouvernementaux doivent être publiés par les organes intermédiaires autorisés (article 11), et le délai fixé pour la réception des offres de contrats concernant la fourniture et le service est limité à 20 jours (article 35).

Pour le moment, en raison d'absence de réglementation d'application, il faut consulter le site Internet du Ministère de Finance Publique.

Régime de recours

La loi prévoit aussi différentes voies de recours en la matière selon les cas de violation de la loi. En espérant établir des moyens de recours efficaces et rapides, elle indique aux entreprises soumissionnaires de prendre les mesures de la nature administrative, dites « *interroger pour éclaircir* ».

Les organes responsables de cette procédure de recours sont de nature quasi-juridictionnelle, plutôt administrative. Les entreprises soumissionnaires ne peuvent faire appel que devant un Tribunal administratif (article 58).

CONCLUSION

Signalons qu'il existe diverses réglementations administratives en la matière qui ne sont pas encore systématisées, et que la loi chinoise sera appelée à subir une modification pour s'adapter à la demande de l'OMC, dans un délai le plus rapide possible, mais qui dépend des processus de l'économie mondiale.



Prise de participation et acquisition d'actifs en République populaire de Chine par les entreprises étrangères

Olivier LEFEBURE
Avocat au Barreau de Paris
DS Avocats

Le ministère du Commerce extérieur et de la coopération économique (depuis devenu le ministère du Commerce – MOC), l'Administration nationale des taxes, l'Administration nationale de l'industrie et du commerce et l'administration nationale du contrôle des changes ont conjointement promulgué le 7 mars 2003 les « Règles provisoires concernant les fusions-acquisitions avec des entreprises domestiques par des investisseurs étrangers » (ci-après les « Règles »), entrées en vigueur le 12 avril 2003.

Le but du législateur a été double : fixer un cadre légal d'application générale en matière de prise de participation/acquisition d'actifs effectuées par des investisseurs étrangers (I), et élargir les mécanismes de contrôle administratif prévalant en matière de constitution de EIE (II).

I. CHAMP D'APPLICATION DES RÈGLES

Le champ d'application des Règles porte sur les opérations de prise de participation et d'acquisition d'actifs effectuées en République populaire de Chine (ci-après « RPC ») par une entreprise étrangère. Contrairement à la lettre de leur intitulé, les Règles ne portent pas sur les opérations de fusion d'entreprises.

Les opérations visées sont d'une part, toute prise de participation dans une entreprise chinoise par un investisseur étranger, que cette prise de participation soit minoritaire, majoritaire ou totale, et qu'elle soit effectuée par acquisition directe des parts de la cible ou par souscription à l'augmentation de capital effectuée à cet effet par la cible, et d'autre part, les acquisitions d'actifs d'une entreprise chinoise soit par une entreprise à investissements étrangers (entreprise contrôlée à hauteur d'au moins 25 % par des investisseurs étrangers, ci-après « EIE ») établie en Chine à cet effet, soit par une entreprise étrangère qui apporte ensuite lesdits actifs sous forme de contribution au capital d'une EIE constituée pour les utiliser.

Les Règles ne s'appliquent que lorsque la cible de l'opération n'est pas elle-même une EIE. Par ailleurs les Règles ne modifient pas le cadre fixé par le Catalogue des Investissements étrangers, qui doivent être respectées lors d'une opération de prise de participation/acquisition : ladite opération ne peut pas déroger aux dispositions interdisant ou restrei-

gnant certains secteurs d'activité aux investissements étrangers.

Les Règles fixent donc un cadre juridique précis en matière de prise de participation/acquisitions, propre à rassurer les investisseurs étrangers, notamment les petites et moyennes entreprises. Ces dernières sont souvent déstabilisées par l'absence de règles strictes et paradoxalement rassurées par des procédures d'approbation administrative certes contraignantes mais perçues comme garantes du soutien des autorités. Or, la matière n'était jusqu'à la promulgation des Règles régie que par des réglementations catégorielles particulières n'ayant pas de vocation générale.

Un certain nombre d'opérations échappaient ainsi à tout contrôle administratif : une prise de participation inférieure à 25 % du capital d'une entreprise chinoise n'était pas soumise à la procédure d'approbation préalable par le MOC ou encore une acquisition d'actifs privés (n'appartenant pas à une entreprise d'État) échappait à la procédure d'évaluation des actifs obligatoire en cas d'acquisition d'actifs d'État. Afin de mettre un terme à ce vide juridique, les mécanismes de contrôle s'appliquent dorénavant à l'ensemble des opérations visées par les Règles.

II. CONTRÔLE ADMINISTRATIF DES OPÉRATIONS D'ACQUISITIONS

Les Règles étendent le mécanisme d'approbation préalable du MOC (ou de ses démembrements locaux selon la taille des projets, conformément à la réglementation applicable aux EIE). Ce contrôle porte sur les modalités juridiques et financières de l'opération ainsi que sur le sort réservé aux personnels de la cible. Il se traduit par une approbation du MOC et la délivrance d'une nouvelle licence d'exploitation par l'Administration de l'industrie et du commerce à la société dont l'actionnariat est transformée (les personnes physiques de nationalité chinoises actionnaires de la cible pourront d'ailleurs rester actionnaires de la nouvelle EIE, contrairement à la réglementation applicable en cas de constitution d'une EIE) ou à la société ayant acquis des actifs. L'approbation préalable est dorénavant nécessaire pour les acquisitions d'actifs, ainsi que les prises de participation portant sur moins de 25 % du capital de la cible chinoise. Dans ce dernier cas, la licence d'exploitation précisera de

manière explicite la présence d'un investissement étranger minoritaire au sein de la « nouvelle » entité. Cette dernière ne bénéficiera cependant pas des dispositions applicables aux EIE.

Dans l'optique d'un renforcement du contrôle administratif sur les opérations de prise de participation/acquisition menées par des investisseurs étrangers, les Règles imposent une évaluation obligatoire du prix de la transaction, que cette dernière porte sur des parts de sociétés ou sur des actifs. La procédure d'évaluation doit être menée par un expert agréé en RPC, et cette procédure est, comme sous le régime antérieur, renforcée en cas d'acquisition de parts d'une entreprise d'État ou d'actifs d'État. Il est interdit de procéder à l'opération à un prix inférieur à celui fixé par l'expert.

Les Règles disposent, dans l'hypothèse d'une prise de participation, que la « nouvelle » entité reste responsable de l'intégralité du passif de la cible, alors que dans le cas d'une acquisition d'actifs, le vendeur conserve ses dettes qui ne sont pas transmises à l'acquéreur. Les Règles disposent en outre qu'en cas de cession d'actifs l'opération doit faire l'objet d'une publication et d'une notification écrite par le vendeur à chacun de ses créan-

ciers. Ces derniers peuvent exiger préalablement à l'opération que des garanties soient constituées à leur profit par la société cédante.

Le prix de l'opération fait l'objet de dispositions précises : l'article 9 dernier alinéa des Règles innove en prévoyant le cas où l'investisseur étranger paie le prix de l'opération sous la forme d'actions, suggérant donc que ce type de paiement est autorisé. Les délais fixés pour le paiement de l'acquisition sont courts : le paiement total doit intervenir dans les 3 mois de la délivrance de la licence d'exploitation, sauf approbation spécifique tenant compte de « circonstances spéciales » autorisant le paiement à hauteur de 60 % du prix dans les six mois, puis le solde dans l'année suivant la délivrance de la licence d'exploitation.

La nouvelle réglementation met donc un terme au régime antérieur de liberté relative dont jouissaient les investisseurs étrangers. Si elle fixe un cadre parfois très (trop ?) strict, elle a pour mérite de combler le vide législatif antérieur, et devrait donc contribuer à renforcer la confiance des investisseurs étrangers envisageant une prise de participation/acquisition en RPC.

Avantages pour l'investissement dans la Chine intérieure

La Chine de l'est a été le terrain privilégié pour la mise en œuvre de la politique du « tâtonnement » de Deng Xiaoping depuis 1978. Autant on se rappelle l'essor avant-gardiste des zones économiques spéciales, autant on compare aujourd'hui le développement du Golfe de la mer Bohai (région de Pékin), du Delta du Yangtse (région de Shanghai) et du Delta de la rivière des Perles (région de Canton).

Dans ce contexte, la Chine en prospérité durant les deux dernières décennies du XX^e siècle a été considérée comme un aigle étendant une seule aile pour s'envoler.

Cependant, conscient du décalage économique et social entre la partie littorale et la partie intérieure (ouest et centre), le Gouvernement chinois a mis et continue à mettre en place une série de mesures pour développer la Chine intérieure depuis 1999. En effet, en 1999, Jiang Zemin a souligné l'importance du développement de l'ouest et annoncé certains principes généraux pour en accélérer le processus de développement. Au 15^e congrès du PCC en mars 2000, Zhu Rongji a déclaré que la stratégie du développement de l'ouest revêtait une grande importance aussi bien pour la croissance continue de l'économie chinoise que pour la stabilité sociale et la sécurité nationale.

Actuellement, à part les textes d'application générale au niveau national, le développement de la Chine intérieure est régulé en particulier par deux textes réglementaires d'application spéciale : un avis sur la mise en œuvre de certaines mesures politiques pour le développement de l'ouest que le Conseil des affaires d'État a publié le 28 août 2001 (« Avis de 2001 »), et le Catalogue (du 23 juin 2000) des industries avancées pour l'investissement étranger dans le centre et l'ouest de Chine (« Catalogue de 2000 »).

En application de l'Avis de 2001, l'ouest comprend les provinces, régions autonomes ou municipalités suivantes : le Shaanxi, le Gansu, le Qinghai, le Ningxia, le Xinjiang et la Mongolie intérieure, qui constituent la région nord-ouest ; le Guangxi, Chongqing, le Sichuan, le Guizhou, le Yunnan et le Tibet, qui forment la région du sud-ouest. Cette vaste région représente les 60 % de la terre, 23 % de la population, 50 % des ressources énergétiques de la Chine.

Le Catalogue de 2000 liste aussi les provinces du

Shenghui LU

Docteur en droit

Avocat au Barreau de Paris

Cabinet Lefèvre Pelletier & associés, Avocats,
Paris - Hong Kong

centre, telles que le Shanxi, le Heilongjiang, le Jilin, le Anhui, le Jiangxi, le Henan, le Hubei et le Hunan.

Pour développer la Chine intérieure plus rapidement et plus efficacement, la Chine accélérera le développement prioritaire de trois zones économiques, à savoir la zone le long du chemin de fer reliant trois chefs-lieux Urumqi - Lanzhou - Xi'an, la zone au cours supérieur du Yangtse et la zone le long de la ligne ferroviaire Nanning-Kunming et des autoroutes conduisant à la frontière sud-ouest.

Les mesures favorisant l'investissement étranger dans la Chine intérieure sont assez variées et couvrent divers domaines. L'on analyse notamment deux aspects plutôt sur un plan juridique : les mesures favorables à l'investissement étranger dans la Chine intérieure (I) et les politiques pour le réinvestissement dans la Chine intérieure (II).

I. MESURES FAVORABLES À L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

L'Avis de 2001 comporte 70 articles, dont plus d'une vingtaine concernent l'investissement étranger et le commerce avec l'étranger. Non seulement il définit l'ouest d'une manière large, mais il prévoit aussi les mesures avantageuses, notamment en matière sectorielle, auxquelles s'ajoutent certains avantages fiscaux.

1 - Les avantages en matière sectorielle

Conformément aux nouvelles Dispositions sur l'orientation de l'investissement étranger (« Dispositions de 2002 ») que le Conseil des affaires d'État a promulguées le 11 février 2002 et le nouveau Catalogue (du 11 mars 2002) d'orientation des investissements étrangers (« Catalogue de 2002 »), les projets d'investissement étranger sont répertoriés en quatre catégories : « industries encouragées », « industries permises », « industries restreintes » et « industries prohibées ».

D'application spéciale, le Catalogue de 2000 liste province par province les industries représentant les secteurs avancés et d'une potentialité certaine de développement. L'investissement dans les industries listées dans ce Catalogue de 2000 bénéficie des avantages accordés aux catégories des « industries encouragées » listées dans les Dispositions de 2002. Celles-ci sont d'application générale à l'échelon national, comme le Catalogue de 2002.

Selon l'Avis de 2001, l'investissement est encour-

ragé dans les secteurs suivants : les industries ou infrastructures de base comme agriculture, sylviculture, hydraulique, transportation, énergie, travaux publics urbains et protection de l'environnement, les industries de développement des ressources minérales et touristiques ainsi que l'établissement de centres de recherches technologiques.

Les secteurs de service sont en principe davantage ouverts dans l'ouest. Non seulement l'investissement étranger dans le secteur bancaire et dans la vente en détail ainsi que la création de joint ventures de commerce extérieur sont autorisés à l'échelon des capitales provinciales, mais encore les conditions d'approbation de la qualité des parties sont assouplies par rapport à celles appliquées dans l'est. Dans le cadre des engagements de la Chine au sein de l'OMC, les demandes de prestation de services en monnaie chinoise par les banques étrangères implantées dans l'ouest de même que celles de création d'agences de voyage et d'établissements de courtage dans l'ouest sont examinées en priorité.

2 – Les mesures incitatives en matière fiscale

Avant l'application d'un avis (« Avis de 1999 ») que le Bureau national des impôts a publié le 17 décembre 1999 sur le prélèvement pendant trois ans au taux avantageux de 15 % des impôts sur le bénéfice des entreprises à investissement étranger (« FIE ») dans le centre et l'ouest, les FIEs dans l'est bénéficiaient des avantages fiscaux.

Cette situation a changé depuis l'Avis de 1999. Dans le cadre de l'investissement au centre et à l'ouest, les entreprises de production ayant un terme de plus de dix ans bénéficient, à partir de l'année bénéficiaire, d'une exonération d'impôts pendant les deux premières années, et d'une remise à 50 % de la troisième année à la cinquième année. À part ces avantages fiscaux, les entreprises utilisant des technologies avancées peuvent demander la prorogation de la période de remise d'impôts à 50 %.

En outre, pendant la période des trois ans d'exonération, les entreprises exportatrices dont plus de 70 % de la production annuelle est exportée peuvent bénéficier d'une remise à 50 % du taux applicable, dans la mesure où le taux d'après la remise n'est pas inférieur à 10 %. De plus, pendant la période de 2001 à 2010 les entreprises entrant dans la catégorie des industries encouragées bénéficient d'une remise à 15 %. L'investissement dans certains secteurs particuliers peut bénéficier de l'exonération ou de l'abattement des taxes liées à ces secteurs particuliers, telles que les taxes d'occupation de champs ruraux, de prospection minérale et d'exploration minérale, etc.

II. POLITIQUES POUR LE RÉINVESTISSEMENT

Longtemps le réinvestissement par les FIEs dans la Chine intérieure n'a pas été réglementé sur le plan juridique. En général, seules les sociétés à capitaux mixtes étaient autorisées à y réinvestir avec leurs bénéficiaires. Les documents constitutifs de nouvelles sociétés étaient souvent signés par la partie chinoise et rarement par les sociétés mixtes elles-mêmes. Ces restrictions étaient totalement contraires à la tendance qui va grandissant des FIEs à réinvestir dans la Chine intérieure.

1 – Encadrement général

La réglementation provisoire du 25 juillet 2000 sur l'investissement en Chine par les FIEs encadre désormais les opérations de réinvestissement des FIEs.

Le réinvestissement est reconnu en tant que tel. Les FIEs, quelle que soit leur structure juridique, peuvent, en tant que telles et en leur propre qualité, créer des entreprises en Chine ou racheter des parts sociales à d'autres entreprises.

Le réinvestissement n'est plus limité au bénéfice des FIEs. Celles-ci sont autorisées à réinvestir avec leurs bénéficiaires ou leurs actifs dans la mesure où le montant total réinvesti ne dépasse pas 50 % de leurs actifs nets.

Dans la mesure où la proportion de la participation étrangère n'est pas inférieure à 25 %, les entreprises à réinvestissement étranger en Chine intérieure sont traitées comme les FIEs et peuvent bénéficier des mêmes avantages.

2 – Formes particulières de réinvestissement

Le réinvestissement dans la Chine intérieure peut être réalisé à travers les structures habituelles de joint venture (equity joint venture ou joint venture contractuelle) ou d'entreprise à capitaux exclusivement étrangers. Cependant, le réinvestissement sous d'autres formes juridiques plus avancées est aussi permis, voire promu.

Les FIEs sont autorisées à conclure des contrats pour la gérance des FIEs, des entreprises nationales, de celles appartenant à la collectivité et des entreprises privées sans capital étranger.

Les FIEs sont encouragées à réinvestir dans les projets de BOT (Build-Operate-Transfer) et de TOT (Transfer-Operate-Transfer). Les projets de réinvestissement peuvent aussi être financés en monnaie chinoise. Pour réinvestir dans les industries encouragées, les FIEs peuvent faire appel au transfert de gérance, à la cession d'actions ou parts sociales, à la restructuration par la fusion/acquisition. La condition de minimum légal de participation étrangère peut être assouplie en cas de réinvestisse-

ment dans les projets d'infrastructure et les secteurs avantagés.

En conclusion, le Gouvernement chinois encourage l'investissement direct étranger dans la Chine intérieure, qu'il s'agisse de l'investissement étranger ou du réinvestissement par les FIEs. Ce principe est concrétisé à travers la mise en place des mesures avantageuses en matière sectorielle et fiscale. Il est aussi réalisé par les moyens budgétaires, financiers et bancaires, la planification admi-

nistrative, l'amélioration de l'environnement ainsi que l'exploration et l'introduction de ressources humaines, etc.

De plus, pour mieux réaliser le développement stratégique de la Chine intérieure, le gouvernement chinois complètera et amendera les règles et mesures actuellement en vigueur selon les changements et les circonstances du développement régional et national.

Libéralisation du régime chinois des licences de technologie avec l'étranger

Sybille DUBOIS-FONTAINE
Avocat à la Cour (*)

Nous nous interrogeons en novembre 2000 (2) pour savoir si ce troisième millénaire verrait Zhongguancun, le quartier de haute technologie du nord-ouest de Pékin, devenir la nouvelle Silicon Valley chinoise. Le constat début 2004 est saisissant. Zhongguancun représente désormais l'un des 53 parcs de « technologies les plus développées » de Chine, auxquels s'ajoutent 200 centres d'innovation créés au niveau national et local. Fin 2003 plus de 400 entreprises internationales y ont installé un centre de Recherche et Développement (R&D). La Chine représente ainsi le numéro 3 mondial en investissements R&D après les USA et le Japon.

La refonte de la réglementation sur les contrats d'imports/exports de technologie en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2002 (3) (les règles) s'inscrit dans un tel contexte de libéralisation (I). Les règles modifient le régime des licences de technologie avec l'étranger tant sur le plan de la procédure (II) que sur le fond (III).

I. HISTORIQUE : VERS UNE LIBÉRALISATION

La Chine a longtemps essayé de favoriser les entreprises chinoises importatrices de technologies étrangères en imposant des clauses limitant la liberté contractuelle de la société exportatrice et en exigeant qu'un tel contrat reçoive l'approbation du ministère du Commerce avec l'étranger et de la Coopération Économique (MOFTEC – aujourd'hui réorganisé au sein du Ministère du Commerce – MOFTCOM). Ainsi, les anciennes règles stipulaient la non validité de toute licence de technologie en absence d'approbation.

Même si en 1996 le MOFTEC substitua au système d'approbation de certains contrats de technologie une simple procédure d'enregistrement, la validité du contrat restait conditionnée à son enregistrement. Or les autorités chinoises n'hésitaient pas à exiger des changements fondamentaux au contrat avant son enregistrement, ce qui revenait en fait à l'ancien système d'approbation.

Ce sont les règles qui introduisent une véritable libéralisation du système en donnant plus de place à la liberté contractuelle.

II. NOUVEAUTÉS SUR LE PLAN DE LA PROCÉDURE

Les règles classifient les imports/exports de technologies en 3 catégories : libres, restreintes et interdites, en se référant au catalogue publié par le MOFTCOM en coordination avec la Commission d'État du commerce et de l'économie (pour les importations) et le ministère des Sciences et Technologies (pour les exportations) (le Catalogue). Toute technologie en dehors de ce Catalogue est considérée comme libre.

Régime d'enregistrement pour les imports/exports de technologies libres (délai de 3 jours)

Pour des technologies considérées comme libres, un simple enregistrement en ligne avec le China International Electronic Commerce Network - <http://info.eco.com.cn>) et avec le MOFTCOM ou sa branche locale, est suffisant. D'ailleurs, cet enregistrement ne conditionne plus la validité des licences de technologies « libres » qui entrent en vigueur dès qu'elles sont légalement signées.

Cet enregistrement est cependant fondamental comme moyen de preuve pour déterminer que la technologie est libre.

Régime d'approbation pour les imports/exports de technologies restreintes (délai de 40 jours)

Pour les technologies restreintes une Licence doit être obtenue auprès du MOFTCOM ou de ses branches locales. La procédure se déroule en 2 étapes auprès du MOFTCOM.

– (a) une demande d'approbation et de délivrance d'une Lettre d'Intention de Licence d'Import/ou Export de Technologie. En cas d'approbation du MOFTCOM (dans un délai de 30 jours), le contrat de licence peut alors être signé, puis

– (b) une demande de délivrance d'une Licence finale (délai de 10 jours – 15 jours en cas d'export).

Dans l'hypothèse d'un contrat d'import de technologie, ces deux étapes peuvent être combinées en soumettant un contrat signé dès la première demande. Le MOFTCOM aura alors un délai de 40 jours pour accepter ou refuser d'approuver et délivrer la Licence.

L'enregistrement ou la Licence sont nécessaires pour les formalités douanières, fiscales et de change.

(1) Remerciement à James Dunlap.

(2) Gaz. Pal., J. n° 186 du 4 juillet 2000, p. 58.

(3) Qui remplace la réglementation MOFTEC de 1996 et prévaut sur la Réglementation sur la Gestion des Contrats d'Imports de Technologie de 1985 et son règlement d'application de 1988.

III. NOUVEAUTÉS SUR LE FOND

De grandes améliorations résultent des règles.

Un véritable sens est redonné au terme de « *licence* » de technologie. L'ancienne disposition qui autorisait l'importateur chinois d'une technologie étrangère à continuer à utiliser une technologie licenciée à l'échéance du terme, sans aucun paiement de redevances, a été enfin abolie.

De même les règles n'imposent plus une durée maximale de 10 ans pour toute licence de technologie (4). Les clauses restrictives imposées par les anciennes règles ont été assouplies. Seules des restrictions qualifiées d'irraisonnables à l'encontre du licencié chinois sont interdites. Cependant, les règles ne permettent plus de dérogations à des clauses interdites de la licence par approbation spéciale.

Dans l'hypothèse de licences de technologies

(4) Selon les anciennes règles, la durée de la licence pouvait être plus longue en cas d'approbation spéciale.

« *libres* » soumises à une loi étrangère et à une simple procédure d'enregistrement, les dispositions des Règles interdisant des clauses restrictives ne devraient pas être applicables dans la mesure où la loi chinoise des contrats permet le choix d'une loi étrangère. Cependant en cas de difficultés d'exécution d'une telle licence en Chine, le choix de la loi étrangère pourrait s'avérer inefficace.

Ces améliorations en matière de contrats de licence de technologie entre la Chine et l'étranger marquent un élan vers la libéralisation du système, nécessaire pour soutenir les projets du gouvernement chinois qui a pour objet de promouvoir les centres R&D étrangers en Chine afin d'accroître les compétences techniques et la valeur ajoutée des produits fabriqués en Chine. Dans ce but le vice-ministre du commerce de la RPC le 16 janvier dernier, s'engageait à réduire les droits et délais douaniers et à renforcer la protection de la propriété intellectuelle. À suivre...

L'actualité de la législation chinoise sur le crime de blanchiment d'argent

Zhihui ZHANG

Directeur de l'Institut de recherche
au Parquet suprême de Chine

Yufang WANG

Secrétaire général de l'AJECF

Après une longue période d'impunité, le blanchiment d'argent est désormais réprimé de façon sévère par la législation chinoise. Le blanchiment consiste, afin d'échapper à la sanction pénale, à faciliter la justification mensongère du produit d'un crime par tout moyen financier et toute voie d'échange. Le premier Code pénal chinois promulgué en 1979 n'incriminait pas le blanchiment. Cependant, au fur et à mesure que se sont accrues les activités du crime organisé, en particulier en matière de trafic de stupéfiants, la communauté internationale a ressenti la nécessité de lutter conjointement contre le blanchiment de l'argent sale. Ainsi, la Chine a signé et ratifié des conventions internationales portant obligation de sanctionner le crime de blanchiment. Afin de remplir ses obligations internationales et de renforcer la coopération internationale de lutte contre le crime organisé et le trafic de stupéfiants, la Chine a inscrit le blanchiment d'argent dans son nouveau Code pénal entré en vigueur le 1^{er} octobre 1997.

Dans le Code pénal actuel, le crime de blanchiment d'argent désigne le comportement consistant à faciliter sciemment la justification mensongère des biens ou des revenus issus du crime de trafic de drogue, du crime commis en bande organisée ou du crime de contrebande, en en dissimulant la nature et la source illégale.

Selon ce dispositif, « *le crime en amont* » du blanchiment est soit le trafic de drogue, soit le crime commis en bande organisé soit le crime de contrebande. Seuls les biens ou les revenus issus de ces trois crimes peuvent donner lieu à une qualification en crime de blanchiment. Le crime de drogue est défini par la section VII chapitre VI du Code pénal qui regroupe 12 chefs d'accusation portant sur la contrebande, le trafic, le transport et la production de drogue. Le crime de bande organisé comporte non seulement le crime d'organisation, de direction et de participation en bande, le crime de dissimulation ou tolérance de l'organisation en bande, crimes qui sont définis par l'article 294 du Code pénal, mais aussi les autres crimes réalisés en bande organisée. Le crime de contrebande comporte 10 chefs d'accusation définis à la section II chapitre III du Code pénal. Le simple fait de dissimuler la source et la nature illégale des biens ou revenus provenant de ces crimes, peut constituer le crime de blanchiment.

La dissimulation, condition nécessaire à la qua-

lification de crime de blanchiment, doit se dérouler de la façon suivante : a – offrir le compte de capitaux, c'est-à-dire mettre directement à la disposition des organisations ou individus concernés par l'exercice des activités précitées un compte légal, ou leur offrir les justificatifs et documents nécessaires pour ouvrir un compte dans un établissement financier, ou encore les aider à déposer l'argent sale, le tout dans le but de donner à cet argent un aspect légal ; b – aider à changer les biens mobiliers ou immobiliers issus du crime en argent liquide ou en valeurs financières (billet à ordre, lettre de change ou chèque), en cachant la source et la nature illégale de ces biens ; c – aider au déplacement des capitaux illégaux, notamment par virement bancaire ou autres moyens de règlement (acceptation d'une lettre de change, mandat-lettre...), c'est-à-dire mélanger les ressources illégales avec les ressources légales afin de donner aux ressources illégales un aspect légal ; d – procéder au virement de l'argent sale à l'étranger en utilisant les comptes de l'individu ou de l'entreprise complice, en cachant la source et la nature de cet argent ; e – dissimuler par d'autres moyens les ressources illégales concernées, leur source et leur nature, par exemple en mélangeant ressources illégales et légales dans les capitaux d'une agence de service ou tout autre établissement dans lequel l'argent liquide circule considérablement ou en déposant ces ressources illégales sur le compte d'un parent résidant à l'étranger ou encore en revendant des biens immobiliers qui avaient été payés en espèces. Tout autre comportement de blanchiment par des moyens autres que ceux criminalisés par le Code pénal n'est pas punissable. Cependant, il résulte des dispositions du Code que de nombreuses opérations pourront être qualifiées de blanchiment puisque le crime n'est pas limité aux simples opérations financières comme on le pense fréquemment. La lecture du texte permet de penser que toute opération facilitant la justification mensongère de l'origine de biens ou de revenus est un blanchiment.

Le concept d'élément moral dans la faute pénale joue aussi dans la qualification du crime de blanchiment. La responsabilité pénale de celui qui a concouru à une opération de blanchiment ne peut être engagée que s'il l'a fait sciemment, c'est-à-dire s'il sait que les biens ou revenus dont il dissimule la source et la nature sont le produit du

crime de drogue, du crime de bande organisée ou du crime de contrebande. S'il ne sait pas que les biens ou les revenus qu'il cache sont le produit de ces crimes, le crime de blanchiment n'est pas établi.

Les auteurs du crime de blanchiment selon le Code pénal chinois, peuvent être soit des personnes physiques de plus de 16 ans et qui sont pénalement responsables, soit des personnes morales dites « *Dan wei* » qui sont définies à l'article 30 du Code pénal, c'est-à-dire « *les sociétés, entreprises, institutions non lucratives, les organisations d'État, les regroupements sociaux* ». La responsabilité pénale de ce crime est différente selon qu'il s'agit de personnes physiques ou de personnes morales. Les personnes physiques (les activités organisées de façon informelle sont incluses dans ce cas) qui commettent le crime de blanchiment sont punies de cinq ans au plus d'emprisonnement ou de détention, et/ou d'une amende de 5 à 20 % des sommes en cause ; dans les circonstances graves, ces personnes sont punies de cinq à dix ans au plus d'emprisonnement et d'une amende de 5 à 20 % des sommes en cause. Les personnes morales qui commettent le crime de blanchiment sont punies d'une amende, le dirigeant et les autres responsables directement intéressés sont punis de cinq ans au plus d'emprisonnement ou de détention.

La modification du Code pénal en 97 et l'insertion du crime de blanchiment ont pour source la volonté du législateur chinois de lutter effectivement contre le crime de drogue, le crime de bande organisée, le crime de contrebande. La législation chinoise impose désormais aux fonctionnaires l'obligation de déclarer leurs revenus, l'obligation de déposer de l'argent à la banque sous leur véritable identité (le pseudonyme n'est plus toléré), et prévoit un système de responsabilité pénale dès lors que le fonctionnaire jouit de sommes importantes sans pouvoir en justifier l'origine. Depuis, les fonctionnaires corrompus recourent de plus en plus au blanchiment d'argent. Ils sont aidés en cela par des personnes résidant à l'étranger, notamment des commerçants étrangers qui profitent de la corruption et du manquement à leur devoir des fonctionnaires chinois. C'est une nouvelle donne dans la lutte contre le blanchiment de l'argent sale en Chine. La difficulté vient du fait que l'auteur du blanchiment est présent à la fois sur les marchés illégaux et sur les marchés légaux. Le législateur chinois réfléchit actuellement à une solution pour améliorer la législation sur le blanchiment. Pour cela, il souhaite s'inspirer de l'expérience des pays occidentaux en matière de lutte contre le blanchiment, et renforcer la coopération internationale en la matière.

L'amendement du 25 août 2000 relatif à la loi chinoise sur les brevets

Cabinet THIEFFRY & Associés SHANGHAI

Après un premier amendement le 4 septembre 1992, la loi chinoise sur les brevets du 12 mars 1984 a été à nouveau modifiée le 25 août 2000.

Ce nouvel amendement a eu pour objectif premier de promulguer les modifications rendues nécessaires par la mise en conformité de la législation chinoise avec les accords de l'OMC sur les aspects du droit de propriété intellectuelle du 15 décembre 1993 qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIP's en anglais) qui conditionnait l'adhésion de la Chine à l'OMC (I) mais le législateur chinois en a également profité pour effectuer d'opportunes adaptations (II).

I. LA MISE EN CONFORMITÉ DE LA LOI CHINOISE

Nombre de modifications promulguées par l'amendement du 25 août 2000 ont consisté à respecter des exigences posées par les ADPIC en reprenant ponctuellement certaines de leurs dispositions.

Sans en faire une liste exhaustive, fastidieuse, une brève présentation de certaines d'entre elles permet d'apprécier la réalité de la mise en conformité ainsi opérée (1) alors que l'examen d'autres modifications intervenues conduit à considérer que toutes les interrogations ou incertitudes suscitées n'ont pas été dissipées (2).

1 – Certaines mises en conformité méritent d'être présentées en ce qu'elles ont amélioré la protection des droits du breveté.

– Il en est ainsi de celle qui, relative à la portée du droit conféré par le brevet, comble une lacune évidente de la loi de 1984.

Dans la liste des actes entrant dans le droit exclusif d'exploitation conféré au breveté, qui sont énumérés à l'article 11 de la loi, il a été ajouté « l'offre de vente » du produit ou procédé couvert par le brevet (1) qui constitue ainsi une prérogative exclusive du breveté désormais légalement protégée.

Grâce à cet ajout opportun imposé par les ADPIC, la simple offre de vente effectuée sans son consentement peut désormais être incriminée par le breveté comme constitutive de contrefaçon.

– Au titre de la protection des droits du breveté, il

peut être relevé également la suppression par l'amendement de l'ignorance de l'utilisateur comme moyen de défense pour écarter le grief de contrefaçon.

Une telle exception qui était prévue à l'article 62 (2) de la loi de 1992 n'existe pas dans les accords ADPIC (2). L'amendement ayant supprimé cet alinéa 2 de l'article 62, il n'y a plus lieu désormais de faire une distinction entre les utilisateurs ayant connaissance et ceux ignorant le brevet couvrant les produits vendus ou utilisés (3).

– Autre modification importante, la possibilité désormais de recourir contre des décisions administratives en matière de brevet relatif à un dessin ou modèle.

Au titre des obligations générales souscrites par les membres de l'OMC pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, les ADPIC prévoient que les législations nationales doivent donner la possibilité de faire réviser judiciairement les décisions administratives « finales » en matière de droits de propriété industrielle (4). Or, la loi de 1992 ne l'avait prévue que pour les brevets d'invention.

L'amendement a donc étendu également aux brevets de dessin ou modèle la possibilité d'un recours judiciaire à l'encontre des décisions du bureau de réexamen des brevets qui, lui-même, peut être saisi par un déposant dont la demande de brevet a été rejetée par l'Office national (article 41) ou par un opposant à la délivrance du brevet par l'Office (article 46).

Désormais, les déposants comme les opposants peuvent donc, pour toutes les catégories de brevets, former appel des décisions du Bureau de Réexamen des Brevets dans les trois mois de leur notification.

– Par ailleurs, en définissant les modalités de la décision d'octroi d'une licence obligatoire, l'article 52 a précisé, conformément à l'article 31 des ADPIC, qu'une telle décision doit spécifier la por-

(2) Hormis, selon l'article 37, pour les circuits intégrés.

(3) Sous réserve de la distinction prévue au dernier paragraphe de l'article 63 de la loi amendée qui prévoit que celui qui, dans l'ignorance de l'existence du brevet qui s'y rapporte, utilise ou vend à des fins de production ou de relations d'affaires un produit couvert par un brevet ou issu d'un procédé breveté, est exonéré de l'obligation d'indemniser le titulaire du brevet, s'il peut justifier d'une source légitime d'approvisionnement. L'amendement ne précise pas cependant ce qu'il faut entendre par « source légitime ».

(4) Article 41.4 : « les parties à une procédure auront la possibilité de demander la révision par une autorité judiciaire des décisions administratives finales et, sous réserve des dispositions attributives de compétence prévues par la législation nationale concernant l'importance d'une affaire, au moins des aspects juridiques des décisions judiciaires initiales sur le fond ».

(1) Désormais, l'article 11 est conforme à l'article 28.1 (a) des ADPIC qui prévoit qu'un « brevet confèrera à son titulaire les droits exclusifs suivants : a. Dans les cas où l'objet du brevet est un produit, empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir les actes ci-après : fabriquer, utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer ce produit », l'alinéa 2 prévoyant la même disposition lorsque le brevet porte sur un procédé.

tée ainsi que la durée d'une telle licence selon les motifs pour lesquels elle a été imposée.

Le législateur a également précisé qu'en cas de cessation des circonstances ayant justifié son octroi, l'Office peut, sur requête du titulaire du brevet, révoquer la licence octroyée.

Dans le même esprit, l'article 50 de la loi chinoise sur les brevets intègre désormais les conditions énoncées par les ADPIC pour admettre l'utilisation d'un brevet non autorisée par son titulaire afin de permettre l'exploitation d'un autre brevet.

À cet égard, concernant les modalités d'octroi d'une licence obligatoire, la reprise à l'identique des dispositions de l'article 31 des ADPIC conduit à transposer en droit chinois les difficultés d'application et incertitudes suscitées par celles-ci ⁽⁵⁾.

2- Certaines modifications conduisent à des interrogations dont quelques exemples peuvent être cités.

- En accordant au bénéficiaire de la licence obligatoire, à l'article 55, le droit, dont disposait déjà le titulaire du brevet, de contester judiciairement la décision administrative fixant la redevance d'exploitation de ladite licence obligatoire, le législateur chinois n'a pas précisé les entités bénéficiant de cette possibilité de recours.

Il peut donc être considéré que ce droit bénéficie également aux entreprises d'État dont il faudrait dès lors admettre qu'elles sont habilitées à contester judiciairement une décision administrative.

Si une telle interprétation se confirmait, cela constituerait une situation juridique nouvelle en Chine.

- La modification de l'article 14 pose une autre difficulté dans la mesure où, en traitant de la possibilité d'autoriser, pour des motifs d'intérêt public ou d'intérêt national, une entité à exploiter un brevet d'invention appartenant à une entreprise d'État ou à une personne physique ou entreprise collective chinoise, le législateur n'a pas précisé comment cette disposition s'intégrait avec celles relatives à la licence obligatoire.

On ne sait notamment pas si la décision imposant à une entreprise d'État comme à une personne physique ou entreprise collective chinoise une telle licence obligatoire, doit respecter les conditions, énoncées à l'article 52 qui, en matière de licence obligatoire imposée à un titulaire de brevet, prescrit que celle-ci doit être limitée dans le temps et dans son champ d'application en fonction des objectifs poursuivis par ladite licence.

- En intégrant à l'identique les dispositions de

(5) Par exemple, sur l'interprétation à donner à la condition de « progrès techniques importants » ou « d'intérêts économiques considérables » énoncée à l'article 31 (1) i.

l'article 50 (l) a des ADPIC prévoyant l'adoption de mesures provisoires, rapides et efficaces pour empêcher la réalisation d'un acte portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle, notamment la commercialisation de marchandises importées, l'article 61 n'a pas défini précisément la procédure à suivre et les mesures provisoires pouvant ainsi être prises.

La Cour Suprême de Chine a ainsi dû émettre le 1^{er} juillet 2001 une interprétation ⁽⁶⁾ intitulée « *Positions relatives à l'adoption de mesures susceptibles d'empêcher la commission d'atteinte aux droits des brevets avant tout recours judiciaire* » qui a comblé à cet égard les lacunes de la loi amendée.

II. LES ADAPTATIONS DE LA LOI DE 1992

L'amendement a été l'occasion de promulguer des dispositions concernant les autorités administratives compétentes dont les prérogatives ont été mieux définies (1). Il a, également, corrigé certains aspects de la loi de 1992 en intégrant notamment des adaptations dont la nécessité s'était révélée (2).

1 - Dans des dispositions plus générales, l'amendement réorganise l'administration compétente en matière de brevets en précisant certaines de ses prérogatives.

- Selon l'article 3 qui précise qu'il a seul compétence pour la délivrance et l'enregistrement des brevets au plan national, l'Office des brevets du Conseil des affaires d'État (l'Office) constitue l'instance administrative compétente au plan national en la matière, son autorité étant ainsi affirmée par rapport aux administrations régionales qui n'ont vocation à intervenir que sur le plan local.

- Les attributions des autorités administratives ont été, par ailleurs, mieux définies.

À titre d'exemple, il peut être relevé que si l'administration n'est désormais plus compétente pour ordonner le versement de compensations financières au breveté victime d'une contrefaçon, elle a toujours le pouvoir d'ordonner la cessation des actes litigieux, si elle considère la contrefaçon établie.

Par ailleurs, nouveauté résultant de l'amendement, selon l'article 57 qui institue une procédure de conciliation entre les parties, l'administration peut, sur demande de celles-ci, intervenir comme médiateur pour la fixation des dommages et intérêts dus en réparation de la contrefaçon. En cas d'échec, les parties peuvent saisir les tribunaux.

(6) Émises par des juridictions supérieures sur des problèmes de droit uniquement et entrant en vigueur comme les lois en France, ces interprétations ont vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire chinois, mais uniquement dans la sphère judiciaire à l'exclusion de la sphère administrative. De tels actes qui n'ont pas d'équivalent dans le système juridique français peuvent s'analyser comme l'exercice d'un pouvoir quasi-normatif des juridictions supérieures.

– Dans ses dispositions finales, l'amendement a renforcé le contrôle et les sanctions, pénales et/ou disciplinaires, dont les fonctionnaires appartenant à l'administration compétente en matière de brevets peuvent faire l'objet.

Les articles 66 et 67 visent ainsi des incriminations spécifiques tel le fait d'inciter à la vente au public ou de se livrer à des activités commerciales de produits brevetés, la commission de négligences, abus de pouvoir ou malversations dans l'exercice de leurs fonctions.

2 – Des lacunes ont été comblées par l'intégration d'aménagements rendus nécessaires par l'exécution de la loi de 1992.

– Ainsi l'article 23 est venu opportunément préciser que si, pour être protégé, un dessin ou modèle ne doit pas être identique ou similaire à un dessin ou modèle antérieurement désigné, il ne doit pas non plus porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle d'un tiers.

Cette dernière précision qui n'existait pas dans la loi de 1992 comble ainsi un vide évident.

– Désormais, la loi précise que l'Office est compétent pour recevoir et traiter les demandes internationales de brevet selon des modalités qui ont été ultérieurement plus précisément définies dans le règlement d'application n° 306 pris le 1^{er} juillet 2001 par le Conseil des affaires d'État.

Cet ajout à l'article 20 précise ainsi le régime juridique de la demande internationale de brevet qui n'avait pu être prise en compte dans la loi de 1992 qui est antérieure à la ratification par la Chine du PCT (7) (Patent Cooperation Treaty) intervenue le 1^{er} janvier 1994.

En revanche, la loi ne traite pas des droits du demandeur entre le dépôt de la demande de brevet et son obtention dont les possibilités d'action contre un contrefacteur, pendant cette phase intermédiaire, ne sont donc pas précisées.

– L'amendement a supprimé la dualité d'actions dont disposaient les tiers pour contester la validité d'un brevet.

La loi de 1992 (article 41) donnait droit à tout intéressé, dans les six mois de la publication du brevet, de demander sa révocation pour non-conformité aux conditions légales. La décision du bureau des brevets pouvait être soumise au bureau de réexamen des brevets dont la décision pouvait faire l'objet d'un recours judiciaire lorsqu'il s'agissait d'un brevet, mais était en revanche finale lorsqu'elle portait sur un dessin ou modèle.

La loi de 1992 prévoyait également qu'après l'expiration du délai précité de six mois, pendant lequel un brevet délivré pouvait faire l'objet d'une

demande de révocation, tout intéressé pouvait demander l'annulation du brevet en saisissant le bureau de réexamen des brevets dont, à nouveau, la décision n'était appellable qu'en matière de brevets.

L'amendement a mis fin à ce régime en limitant le droit des tiers à la possibilité de demander l'annulation du brevet (et non plus également sa révocation) selon des modalités spécifiées à l'article 45, par la saisine du bureau de réexamen des brevets dont désormais toutes les décisions, qu'elle portent sur un brevet ou sur un dessin ou modèle, sont appelables, dans les trois mois de leur notification, par le titulaire du brevet ou le demandeur à l'annulation. Ce dernier, lorsque le recours est formé par le titulaire du brevet, est appelé à la procédure par la juridiction saisie.

– L'article 60 intègre les dispositions de l'interprétation du 29 décembre 1992 de la Cour suprême de Chine intitulée « réponse à quelques problématiques suscitées par les litiges judiciaires en matière de brevets » qui était venue compléter la loi en précisant les modalités de calcul des indemnités destinées à compenser le préjudice du breveté victime d'une contrefaçon.

L'interprétation de la Cour suprême et notamment son article 4 a précisé qu'en cas d'impossibilité de déterminer les profits du contrefacteur ou les pertes du breveté, le montant des indemnités devant lui être alloué à titre de réparation devait être calculé sur le montant raisonnable pouvant être multiplié, à titre de sanction, des redevances qu'il aurait perçues s'il avait concédé l'exploitation du brevet à l'auteur de l'infraction.

L'article 60 reprend l'article 4 de cette interprétation dans son intégralité, allant au-delà des exigences ultérieures des ADPIC dont l'article 45 ne définit qu'une seule méthode d'évaluation pour indemniser le breveté, contrairement à l'interprétation de la Cour suprême qui en retient plusieurs.

– Les articles 58 et 59 de l'amendement ont complété les dispositions de la loi de 1992 relative aux sanctions applicables en cas d'usurpation du brevet d'autrui ou de la qualité de breveté, en précisant notamment le montant des amendes pouvant être imposées par l'Office qui est également compétent pour ordonner la cessation de tels actes.

Même si toutes les incertitudes n'ont pas été dissipées et si des modifications apparaissent encore souhaitables, l'amendement du 25 août 2000 constitue une étape importante pour la protection des brevets désormais mieux assurée en droit chinois, l'influence des principes des ADPIC résultant de l'adhésion de la Chine à l'OMC étant à cet égard particulièrement sensible dans l'évolution de la législation chinoise sur les brevets.

(7) Traité de Washington de coopération en matière de brevets ratifié par la Chine le 1^{er} janvier 1994.

La protection et la reconnaissance des marques notoires en Chine

Paul RANJARD
Avocat au Barreau de Paris

Depuis son adhésion à la Convention de Paris en 1984, la Chine était tenue de protéger les marques étrangères non enregistrées en Chine, mais dont la réputation internationale avait atteint le public chinois (1). En effet, l'article 6 *bis* de la Convention permet au titulaire d'une marque d'un pays signataire d'interdire le dépôt ou l'usage de marques identiques ou similaires (ou la traduction) dans un autre pays signataire, sur des produits ou services identiques ou similaires, même si la marque n'est pas enregistrée dans le pays concerné, à condition qu'elle y soit suffisamment connue. Douze années plus tard, dans le cadre de ses négociations sur l'accession à l'OMC, la Chine devait signer avec les États-Unis un document intitulé « Action Plan » pour la protection de la propriété industrielle, comportant l'engagement de respecter, entre autres, les principes posés dans les accords « ADPIC » de l'OMC en matière de protection des marques notoires, à savoir l'article 16.2 qui reprend les principes de l'article 6 *bis* précité de la Convention de Paris, et l'article 16-3 qui permet au titulaire d'une marque enregistrée d'interdire le dépôt ou l'usage d'une marque identique ou similaire sur des produits non similaires, si cet usage est susceptible d'établir une relation avec sa marque et de causer préjudice à son propriétaire.

I. LE RÈGLEMENT "PROVISOIRE" DU 14 AOÛT 1996

La Chine a donc émis un règlement « provisoire », le 14 août 1996, qui consacrait les principes de protection ci-dessus et précisait les critères de reconnaissance d'une marque notoire : part de marché en Chine, chiffre d'affaires à l'étranger, dépenses de publicité, ancienneté d'usage, enregistrements à l'étranger et tous autres documents permettant d'établir la réputation de la marque. Le règlement de 1996 reflétait, cependant, la méthode purement administrative selon laquelle la Chine entendait gérer la matière. En effet, non seulement c'est l'Office des marques seul, qui se voyait confier la mission de reconnaître le caractère notoire d'une

marque, à l'exclusion de toute autre autorité, ce qui écartait les tribunaux judiciaires, mais en outre, la procédure de reconnaissance s'assimilait à celle de l'enregistrement en ce qu'il était prévu une demande spécifique, un examen et une publication du « label » de notoriété. Une sorte de « super registre » était ainsi créé. Plus de 300 marques chinoises devaient, ainsi, se voir reconnaître le statut de notoriété. Cependant, aucune marque étrangère ne fut jamais reconnue comme telle par l'Office des marques. Par ailleurs, il devint rapidement évident que l'attribution du « label » de notoriété était plus un enjeu commercial pour la promotion des produits ou services concernés, qu'un moyen juridique de défense contre le piratage.

II. LA RÉVISION DE LA LOI SUR LES MARQUES (27 OCTOBRE 2001)

La nouvelle loi sur les marques est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2001. Elle reproduit, dans les deux alinéas de son article 13, les deux situations évoquées aux articles 16-2 et 16-3 des accords ADPIC. L'article 14 énumère les critères de reconnaissance de la notoriété d'une marque :

- 1 - degré de reconnaissance au sein du public ;
- 2 - durée d'usage ;
- 3 - importance, durée et portée géographique de la publicité ;
- 4 - tout élément attestant de la protection de la marque comme notoire ;
- 5 - et tous autres éléments de preuve.

Les principes, déjà admis depuis 1996 étaient donc enfin consacrés dans un texte légal, et non plus dans un règlement « provisoire ». Cependant, le règlement de 1996 était toujours en vigueur et se posait donc, avec urgence, la question de la procédure de reconnaissance du caractère notoire d'une marque : l'Office des marques allait-il conserver son exclusivité ? alors que celle-ci lui était de plus en plus contestée par les tribunaux, qui se trouvaient conduits à se prononcer sur la notoriété des marques dans d'autres types de conflits, notamment entre marques et noms de domaine. Certains groupes de pression souhaitaient le maintien de la procédure de reconnaissance administrative, mais insistaient pour qu'elle s'ouvre en pratique aux étrangers. D'autres préconisaient l'annulation pure et simple du règlement provisoire de 1996, faisant valoir que la reconnaissance de la notoriété ne peut être traitée *a priori* et comme une fin en soi, et ne

(1) Cinq textes régissent actuellement la matière : - la loi du 27 octobre 2001 sur les marques (entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2001) ; - Interprétation du 25 décembre 2001 de la Cour suprême sur la compétence de juridiction et la loi applicable aux affaires de marques (entrée en vigueur le 21 janvier 2002) ; - le règlement d'application du 3 août 2002 de la loi sur les marques (entré en vigueur le 15 septembre 2002) ; - Interprétation du 12 octobre 2002 de la Cour suprême sur plusieurs questions relatives aux marques (entrée en vigueur le 16 octobre 2002) ; - le règlement du 17 avril 2003 sur la reconnaissance et la protection des marques notoires (entrée en vigueur le 1^{er} juin 2003).

peut s'effectuer qu'au cas par cas, à l'occasion d'une atteinte faite à la marque et ce, dans l'un des cas expressément prévus par la loi.

III. LE RÈGLEMENT DU 17 AVRIL 2003 SUR LA RECONNAISSANCE ET LA PROTECTION DES MARQUES NOTOIRES

Définition

L'article 2 du règlement émis par l'Administration de l'industrie et du commerce, le 17 avril 2003, définit la marque notoire comme bénéficiant d'une large reconnaissance en Chine dans le « public concerné » et d'une relativement haute réputation. Par « public concerné », le texte précise qu'il s'agit des consommateurs présents ou futurs d'un certain type de biens ou services désignés par la marque, des personnes produisant ces biens ou fournissant ces services, ainsi que des personnes en charge de la distribution de ces biens et services au public.

Critères

Les critères de reconnaissance et les documents à produire, énumérés à l'article 3, reprennent les critères de l'article 14 de la loi, l'article 10 ajoute qu'il n'est pas impératif de remplir tous les critères énumérés par la loi.

Procédure

Pour la procédure de reconnaissance, c'est la seconde des solutions mentionnées plus haut qui a été retenue. Le règlement, qui abroge et remplace celui de 1996, ne comporte plus aucune référence à une quelconque exclusivité de l'Office des marques et traite le problème « au cas par cas ». Sont désormais ouvertes la voie administrative, expressément décrite dans le règlement, mais aussi la voie judiciaire.

La voie administrative

Selon les circonstances, c'est l'Office des marques ou le TRAB (Trademark Review and Adjudication Board ou Bureau d'appel), qui sont compétents. Si la demande de reconnaissance vient à l'appui d'une opposition faite contre un dépôt de marque, c'est l'Office des marques. Si la demande se situe dans le cadre d'une demande d'annulation d'une marque déjà enregistrée, c'est au TRAB (compétent pour recevoir une telle demande d'annulation) qu'il faut soumettre la demande. Enfin, si la demande se situe dans le cadre d'une plainte administrative soumise au bureau local (municipal ou provincial) de l'Administration de l'industrie et du commerce (l'AIC), visant à faire saisir et confisquer les produits litigieux, le règlement prévoit que l'AIC, une fois établi que l'on se trouve bien dans l'un des cas définis à l'article 13 de la loi, transmet le dossier relatif à la notoriété de la marque à l'Office de marques qui doit se prononcer dans un délai de 6 mois.

La voie judiciaire

Cette procédure est traitée dans un autre texte : une « Interprétation » de la Cour suprême du 12 octobre 2002, qui stipule que les Cours et Tribunaux peuvent, lorsqu'ils sont saisis d'un litige relatif à une marque, et à la demande d'une des parties, se prononcer sur le caractère notoire de la marque concernée.

Différences entre les deux voies

La voie administrative est d'application plus restreinte : elle n'est ouverte que dans l'un des deux cas prévus à l'article 13 de la loi, alors que la voie judiciaire est plus ouverte, car elle est recevable dans tous les litiges opposant une marque à une autre marque, ou à un nom de domaine ou même un nom commercial.

S'agissant de leur durée, les différentes procédures présentent des différences sensibles. L'opposition dure environ deux ans devant l'Office des marques (avec appel possible devant le TRAB, puis devant le tribunal). L'annulation, devant le TRAB, peut durer infiniment plus longtemps, compte tenu de l'engorgement dramatique de ce bureau (et un appel est possible). Paradoxalement, c'est la voie de l'AIC, en apparence plus compliquée, qui est la plus rapide (une décision sur la notoriété peut être obtenue en 7 mois). Côté judiciaire, il est plus difficile de pronostiquer la durée d'une procédure, car les délais prévus dans le Code de procédure civile ne s'imposent pas en matière de litiges internationaux.

Quant à la portée des décisions de reconnaissance sur une nouvelle instance concernant la même marque, il existe une différence entre les procédures administrative et judiciaire. Ainsi, dans le cas où un nouveau litige relatif à la même marque (déclarée notoire), se présente devant une autorité administrative, un réexamen de la notoriété ne sera nécessaire que si le second défendeur est en mesure d'apporter des preuves à l'appui de sa contestation du caractère notoire de la marque (peu importe qu'elle ait été déclarée notoire par l'administration ou par le juge). En revanche, si le cas se représente devant un tribunal, il faudra réexaminer tout le dossier si le second défendeur se contente de contester la notoriété constatée dans la première décision.

En conclusion, on ne peut que recommander de préparer avec soin des dossiers permettant de démontrer la réputation acquise par une marque, et de se tenir prêt à en faire usage. En effet, une fois consacrée en Chine, la notoriété renforce considérablement les actions, administratives, civiles ou pénales, contre des marques contrefaisantes, ou contre le « cyber squatting » des noms de domaine ou l'usage abusif de noms commerciaux.

Marque déposée : nouveautés concernant sa notion et sa recevabilité

Hanqi XIE
Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Xie Hanqi Law Office

Depuis octobre 2001, de nombreux événements importants sont successivement intervenus dans le droit chinois des marques. Ce sont notamment :

– la nouvelle refonte de la loi de la RPC sur les marques commerciales de 1982, adoptée le 27 octobre 2001 et entrée en vigueur à partir du 1^{er} décembre 2001, la première refonte ayant eu lieu le 22 février 1993 ;

– le 3 août 2002, la publication du « Règlement d'application de la loi sur les marques commerciales », entré en vigueur à partir du 15 septembre 2002, qui remplace les « Dispositions d'application » de 1993 ;

– le 17 septembre 2002, la publication des « Règles d'examen relatives aux marques commerciales », entrées en vigueur le 17 octobre 2002 ;

– le 17 avril 2003, la publication par le Bureau national d'administration nationale pour l'industrie et le commerce des trois textes suivants :

1 – « Dispositions relatives à la reconnaissance et à la protection des marques notoires » ;

2 – « Dispositions relatives à l'immatriculation et à la gestion des marques collectives et des marques certifiantes » ;

3 – « Dispositions d'application relatives à l'immatriculation internationale de marque dans le cadre de l'arrangement de Madrid », tous les trois entrés en vigueur le 1^{er} juin 2003.

Ces textes ont apporté au droit chinois des marques des modifications extrêmement importantes, qui méritent notre attention particulière et une étude générale sur ce que l'on peut désormais appeler le nouveau droit chinois des marques.

Ne pouvant évidemment traiter toutes ces modifications dans un article limité seulement à deux pages, la présente étude se limitera à l'un des aspects les plus modifiés, celui de la notion de marque d'immatriculation et de la recevabilité.

Pour les marques déposées, le droit chinois utilise la notion de « marque immatriculée ». Seules les marques régulièrement immatriculées auprès du Bureau national des marques, une institution sous les auspices du Bureau national d'administration pour l'industrie et le commerce, peuvent bénéficier de la protection de la loi.

I. ÉTENDUE DE LA NOTION DE MARQUE IMMATRICULÉE

À l'origine, la notion de marque immatriculée dans le droit chinois était très étroite : elle ne désignait que les marques de produit. La modification de 1993 a introduit les marques de service dans le domaine de la protection.

Le nouveau texte de 2001 précise que peuvent faire l'objet d'une immatriculation les marques de produit, les marques de service, les marques collectives et les marques certifiantes.

Les deux dernières notions ont fait leur première apparition en réglementation chinoise dans les « Dispositions d'application pour la loi de la RPC sur les marques » modifiées en 1993. La loi modifiée de 2001 les a intégrées et leur a donné une définition.

Par marques collectives on entend les marques qui ont été déposées par un groupement, une association ou toute autre organisation, qui peuvent être utilisées par l'ensemble de ses membres dans leurs activités commerciales, et qui démontrent l'appartenance de l'utilisateur à l'organisation en cause.

Par marques certifiante on entend les signes qui impliquent des éléments tels que lieu de fabrication, matières premières utilisées, procédés de fabrication, qualité ou tout autre caractère spécifique d'un produit ou d'un service.

Le Règlement d'application de 2002 précise que les signes géographiques peuvent désormais faire l'objet d'une immatriculation en tant que marque collective ou marque certifiante. Ces marques sont en principe déposées et gérées par un groupement social ou par une association. L'autorisation d'utiliser ces marques doit être accordée dès lors que le demandeur réunit les conditions préfixées, qu'il soit ou non membre de l'organisation gestionnaire.

II. SUJETS AUTORISÉS À DÉPOSER UNE MARQUE

Alors que l'ancien texte énumère limitativement qu'étaient autorisés à déposer une marque les « entreprises, unités non commerciaux et travailleurs indépendants », le nouveau texte utilise des termes plus juridiques et au sens plus large de « personnes physiques, personnes morales et toutes autres organisations ». Cela signifie que désor-

mais, toute personne a le droit de déposer une marque.

Le nouveau texte autorise également le dépôt d'une marque conjointement par deux ou plus de deux personnes.

III. SIGNES SUSCEPTIBLES DE FAIRE L'OBJET D'UNE IMMATRICULATION EN TANT QUE MARQUE

Tandis que l'ancien texte semble n'accepter comme éléments constitutifs d'une marque que l'écriture et le dessin, ou leur combinaison, le nouveau texte utilise la notion de « signes visuels » qui englobe l'écriture, le dessin, la lettre, le chiffre, les couleurs, ou la combinaison de ces éléments. Cela entérine en fait une réalité qui accepte déjà depuis longtemps la lettre, le chiffre et les couleurs comme éléments constitutifs d'une marque.

Aux caractères original et distinct qui sont les critères traditionnels pour apprécier la recevabilité de la demande d'immatriculation d'une marque, le nouveau texte ajoute le critère de compatibilité avec les droits d'autrui antérieurs.

Enfin, le titulaire n'est plus obligé de faire figurer sur sa marque la mention « marque immatriculée » ou le signe d'immatriculation, comme s'imposait l'ancien texte, mais a simplement le « droit de l'y faire figurer ». Autrement dit, il ne s'agit plus d'une obligation, mais d'une faculté.

IV. SIGNES DONT L'UTILISATION COMME ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE MARQUE EST INTERDITE

Il est important de souligner les modifications aggravantes ou atténuantes apportés à la liste d'interdiction existant dans l'ancien texte.

La modification aggravante concerne les signes relatifs à l'état chinois. Désormais, il est interdit non seulement l'utilisation de signes identiques ou semblables à la dénomination, aux couleurs nationales, à l'emblème, à l'étendard, aux médailles de mérite de la RPC, mais aussi l'utilisation des signes identiques ou semblables à la dénomination ou au dessin des constructions sièges d'un organe étatique.

La modification atténuante concerne les signes identiques ou semblables à la dénomination, aux couleurs, à l'étendard, à l'emblème des pays étrangers ou des organisations internationales. L'interdiction n'est plus absolue lorsque le pays étranger ou l'organisation internationale en cause y consent.

Une modification atténuante est apportée également aux signes géographiques : les noms de lieu des circonscriptions administratives de district ou

d'échelon supérieur ou les noms de lieu étrangers connus ne peuvent faire l'objet d'une marque, mais, ajoute le nouveau texte, « à l'exception des cas où ils ont une autre connotation ou servent de signe à une marque collective ».

Une nouvelle interdiction concerne l'utilisation des signes identiques ou semblables à des signes officiels de certification ou de garantie.

V. SIGNES DONT L'UTILISATION EST INTERDITE DANS UNE MARQUE IMMATRICULÉE

Une distinction est désormais faite entre les signes dont l'utilisation est interdite comme éléments constitutifs de marque et ceux dont l'utilisation est interdite dans une marque immatriculée. Cela signifie que l'utilisation de la première catégorie de signes peut être censurée même si la marque n'était pas déposée.

La deuxième catégorie concerne les signes qui :

- empruntent le nom commun, le dessin ou le modèle même du produit concerné ;
- mentionnent directement la qualité, les principales matières premières utilisées, la puissance, la destination d'usage, le poids, le nombre ou tout autre caractère du produit concerné ;
- manquent d'originalité évidente.

Toutefois, le nouveau texte a apporté une atténuation à ces interdictions en ajoutant la formule suivante : « les signes énumérés dans l'alinéa précédent peuvent, lorsqu'à force de l'usage ils ont acquis un caractère original évident et un caractère distinct, servir d'éléments constitutifs à une marque immatriculée ».

VI. MARQUES NOTOIRES

Le nouveau texte a consacré deux articles entiers à ce problème de marque notoire ignorée jusque là par la loi chinoise de marque, mais reconnu depuis longtemps dans la pratique.

Il est désormais formellement interdit d'utiliser sur des produits identiques ou semblables la reproduction, l'imitation ou la traduction d'une marque notoire d'autrui non immatriculée en Chine, lorsque cela pourrait conduire à une confusion.

De même, il est formellement interdit d'utiliser sur des produits non identiques et non semblables la reproduction, l'imitation ou la traduction d'une marque notoire d'autrui immatriculée en Chine, lorsque cela pourrait induire en erreur le public et porter atteinte à ses intérêts.

Ces interdictions donnent davantage de sécurité notamment aux marques notoires étrangères, malgré l'existence de ces formules de « confusion » ou

d'« induction à l'erreur » et « porter atteinte à l'intérêt du public », sujets à une interprétation subjective.

Reste à savoir comment déterminer le caractère notoire d'une marque. Le nouveau texte a précisé à cet égard les éléments à prendre en considération, à savoir :

- le degré de notoriété de la marque en cause chez le public intéressé ;
- la durée non discontinue de son usage ;
- la durée non discontinue, l'intensité et la couverture géographique de sa campagne publicitaire ;
- l'historique de sa protection en tant que marque notoire ;
- tout autre élément justifiant son caractère notoire.

L'intérêt d'être reconnue « marque notoire » est évident : elle permet au titulaire de s'opposer à l'immatriculation d'une marque d'autrui identique ou semblable, voire de contester une marque déjà enregistrée, non seulement pour les produits identiques ou semblables, mais aussi pour les produits non identiques et non semblables.

VII. QUESTION PARTICULIÈRE DU SIGNE À TROIS DIMENSIONS

Le nouveau texte admet l'immatriculation d'un signe à trois dimensions, sous condition de déposer les desseins susceptibles de déterminer sa forme à trois dimensions et que la forme ne résulte pas de la nature ou de la nécessité technique du produit concerné.

VIII. DÉPÔT D'UNE MARQUE PAR UN ÉTRANGER OU PAR UNE ENTREPRISE ÉTRANGÈRE

Les dispositions relatives au dépôt d'une marque en Chine par un étranger, personne physique ou morale, n'ont pas changé. Comme la Chine a adhéré à l'ensemble des conventions internationales relatives à la marque (Convention de Paris, arrangement de Madrid, Traité de Nice), ainsi qu'aux accords « TRIPS » dans le cadre de l'OMC, les ressortissants européens peuvent bénéficier des règles résultant de ces conventions.

Le dépôt d'une marque en Chine par un étranger ou une entreprise étrangère doit obligatoirement être effectué par l'intermédiaire d'un mandataire de marque agréé par l'État chinois. Par étranger ou entreprise étrangère, le règlement d'application de 2002 a donné la précision suivante : ils désignent l'étranger ou l'entreprise étrangère qui n'a pas en Chine de domicile permanent ou d'établissement d'exploitation permanent. Cela signifie que l'étranger ou l'entreprise étrangère installé

d'une manière permanente en Chine n'est pas assujéti à cette obligation de passer par l'intermédiaire d'un mandataire agréé.

En cas de représentation par un mandataire, un pouvoir écrit dûment signé par le mandant est obligatoire.

Christian LOUIT
Président honoraire de l'Université d'Aix-Marseille III
Président de l'Institut de Recherches Europe-Asie
(IREA)

Banggui JIN
Directeur de l'IREA

Tant qu'il y aura des hommes, tant qu'il y aura des impôts, il y aura des litiges entre le contribuable et les services financiers. Le mécanisme de règlement de ceux-ci varie d'un pays à l'autre. Chaque pays choisit sa solution en fonction de ses données sociologiques et traditions nationales. Un litige fiscal est considéré en droit chinois comme un litige de droit administratif, le raisonnement étant que le litige fiscal est né, comme les autres affaires administratives, entre l'administration et l'administré, en l'occurrence entre le service fiscal et le contribuable. Ceci comporte certaines incidences sur les règles applicables au règlement des ces litiges.

Depuis quelques années, le nombre des litiges fiscaux soumis au réexamen administratif augmente de 18 % environ par an (1). Il en va de même pour les affaires fiscales dont sont saisis les tribunaux (2). Ces litiges fiscaux sont de divers ordres. Il peut s'agir par exemple d'une contestation portant sur le bien-fondé d'une imposition, les pénalités fiscales, le refus d'octroi d'avantages fiscaux ou d'un délai de grâce, l'interprétation d'une disposition fiscale donnée par le fisc, ou encore sur le non respect par les agents fiscaux des règles procédurales. Il peut aussi s'agir de la contestation d'une mesure conservatoire ou d'une mesure d'exécution forcée liée à l'imposition.

Contrairement à la tradition chinoise selon laquelle on tente toujours dans un premier temps la voie de la médiation pour régler les différends, le litige fiscal en tant que litige administratif ne peut en principe se régler par la médiation, du moins selon les textes législatifs. Or comme on le sait, la médiation et la conciliation jouent un rôle indéniable en Chine dans le règlement des conflits familiaux, civils ou commerciaux. Le législateur chinois avait même encouragé pendant de nombreuses années les juges civils à faire appel systématiquement à cette méthode pour trouver une solution aux litiges qui leur étaient soumis et de ne statuer que lorsque la conciliation avait échoué.

Par conséquent, deux voies de recours sont ouvertes au contribuable pour contester une décision prise par l'administration fiscale, sur une quelconque question liée à l'imposition. Il s'agit du

recours administratif d'une part (I), et du recours juridictionnel d'autre part (II).

Mais il convient de noter préalablement qu'il n'est pas rare de voir, dans la pratique, les litiges fiscaux se régler à l'amiable entre le fisc et le contribuable sans qu'il soit fait appel aux deux procédures prévues par les textes.

I. LE RECOURS ADMINISTRATIF EN MATIÈRE FISCALE (SHUISHOU XINGZHENG FUYI)

Selon les deux principaux textes régissant actuellement le recours administratif fiscal, à savoir « la loi du 29 avril 1999 sur le réexamen administratif » et « les dispositions sur le recours administratif fiscal » émises par le Bureau national des impôts le 23 septembre 1999, l'administration fiscale ne procède à un réexamen que sur une réclamation écrite ou orale du contribuable.

a – Le recours est préalable ou non préalable selon le cas

Si pour certains litiges, plus précisément ceux relatifs aux actes d'imposition proprement dit, comme les contestations sur le bien-fondé d'une imposition ou d'une majoration, le recours administratif reste une voie incontournable, car il constitue une condition préalable pour saisir le tribunal, il ne l'est pas pour d'autres contestations, notamment celles relatives aux sanctions administratives fiscales (3), aux mesures conservatoires (4), aux mesures d'exécution forcée (5). Pour celles-ci, le contribuable dispose d'un libre choix entre le recours administratif et le recours juridictionnel. Dans ce dernier cas, si le contribuable choisit dans un premier temps le recours administratif, cela ne l'empêche pas de saisir ultérieurement le tribunal compétent d'une décision administrative qui ne lui donne pas satisfaction.

b – L'autorité compétente et ses obligations procédurales

L'administration fiscale à qui il faut adresser la réclamation est intitulée en droit chinois l'autorité

(1) Wei He, Pourquoi les litiges fiscaux deviennent de plus en plus nombreux ?, article publié sur le site de China Taxation New : www.ctaxnews.com.cn/2cfx/t20030325_2207.htm

(2) Jiang Hang et Yu Rong, Face à un taux de gain de cause de 34 %, article publié sur le site du Chende Daily : <http://www.cddaily.com.cn>

(3) Telles que les pénalités fiscales, le prononcé de la confiscation du revenu illégal, ou la suspension du droit au restitution de la TVA pour les produits exportés.

(4) Il s'agit par exemple de l'avis à la banque ou à d'autres établissements de crédit de suspendre le retrait des dépôts, de la saisie conservatoire ou de la mise sous scellés des marchandises ou des produits du contribuable en cause.

(5) Telles que l'avis à la banque de prélever l'impôt dû, les mesures consistant à saisir et vendre aux enchères les marchandises ou les produits saisis et à se faire payer sur le prix.

de réexamen (*fuyi jiguang*). En règle générale, il s'agit de l'administration fiscale immédiatement supérieure à celle dont la décision contestée émane. Ainsi, le Bureau national des impôts peut être saisi d'une demande de réexamen, si par exemple une décision du bureau des impôts d'État de province est mise en cause. Le fait que l'interlocuteur varie en fonction de l'auteur de la décision critiquée rend la procédure de saisine plus compliquée par rapport au dispositif français selon lequel le contribuable se trouve face à un interlocuteur bien identifié (l'interlocuteur départemental).

Lorsque les conditions de recevabilité ne sont pas remplies, l'autorité de réexamen est tenue d'informer le requérant, dans le délai de 5 jours après le dépôt de la réclamation. Il est à noter que la décision d'irrecevabilité est susceptible d'être attaquée devant le juge.

Par ailleurs, le service saisi de la réclamation doit rendre sa décision dans le délai de 60 jours et 90 jours au maximum en cas de prolongation, ce délai comptant à partir de la saisine de l'autorité compétente.

c – Les règles procédurales à respecter pour le contribuable

Bien que l'on rencontre souvent des cas où les règles procédurales prévues par les textes ne sont pas observées par les agents fiscaux (situation gênante pour l'autorité fiscale chinoise, voir plus loin), il est conseillé aux requérants de respecter les règles de formes, y compris les conditions de recevabilité du recours. En ce qui concerne ce dernier point, il faut cependant distinguer deux situations différentes : pour la réclamation contestant le bien-fondé d'une imposition, le paiement du montant de l'impôt contesté et éventuellement des indemnités de retard constitue une condition préalable de recevabilité à moins que le requérant ne présente une caution fiscale. En outre, pour que la réclamation soit recevable, il faut qu'elle soit déposée dans le délai de 60 jours à partir de la réception de la quittance du paiement de l'impôt. Dans les autres cas, le contribuable dispose d'un délai de 60 jours à partir de la notification de la décision contestée.

En cas de saisine de l'autorité de réexamen, le contribuable peut saisir le tribunal dans le délai de 15 jours suivant une notification d'irrecevabilité, de rejet ou l'expiration du délai de réexamen évoqué précédemment (60 ou 90 jours). Avant l'expiration de ce délai, le recours ne peut être porté devant le juge. D'une manière générale, ce sont des délais très courts si on les compare aux procédures françaises.

d – L'effet non suspensif du recours administratif

En principe, l'introduction d'un recours adminis-

tratif n'a pas d'effet suspensif, ce qui signifie que le contribuable est tenu de payer l'impôt ou la majoration qu'il conteste dans le délai imparti par le fisc et que les mesures conservatoires ou d'exécutions forcées prises contre lui restent exécutoires, à moins que l'autorité de réexamen ne décide d'office la suspension de l'exécution ou ne la prononce à la demande du requérant.

e – Le contrôle de légalité et d'opportunité

À la différence du contrôle judiciaire que nous allons voir un peu plus loin, le contrôle hiérarchique porte non seulement sur la légalité de la décision contestée, mais aussi sur son opportunité, ce qui explique les différentes décisions que peut rendre l'autorité de réexamen. En effet, celle-ci dispose du pouvoir de rendre, selon le cas, une des décisions suivantes :

- maintenir la décision contestée ;
- l'annuler ;
- donner consigne à l'auteur de cette décision de faire une nouvelle décision ;
- impartir à ce dernier un délai pour qu'il accomplisse ses obligations, telles que l'obligation d'agir ou de restituer l'impôt trop ou indûment encaissé ou la TVA en raison de l'exportation des produits ou encore l'obligation de délivrer le certificat d'enregistrement fiscal ;
- modifier directement la décision critiquée, par exemple, réduire le montant de l'amende fiscale si elle la trouve inappropriée par rapport aux infractions commises par le contribuable ;
- et parallèlement, accorder la réparation des dommages en cas d'existence d'une telle demande de la part du requérant.

Bien entendu, le recours administratif n'est pas un recours ultime. En cas de persistance des désaccords entre l'administration fiscale et le contribuable, ce dernier a la possibilité de contester la décision rendue devant le tribunal. Rappelons que dans certains cas, il peut saisir directement le tribunal sans faire appel préalablement au recours administratif.

II. LE RECOURS JURIDICTIONNEL FISCAL

Étant donnée qu'en Chine le procès fiscal est un contentieux administratif, il est régi par les règles posées par la « loi du 4 avril 1989 sur le contentieux administratif » et le texte interprétatif ⁽⁶⁾ sur cette législation publié récemment par la Cour suprême de Chine.

Faute d'existence d'une dualité des ordres de juridictions en Chine, le litige fiscal, que ce soit en matière d'impôts directs ou d'impôts indirects, est

(6) Il s'agit des « Interprétations de la Cour populaire suprême sur une série des questions concernant l'application de la loi sur le contentieux administratif » publiées et entrées en vigueur le 8 mars 2000.

porté devant la juridiction de l'ordre judiciaire, et plus précisément devant la chambre administrative créée au sein de la juridiction. Mais il est à noter que la contestation sur la légalité d'un texte réglementaire fiscal ne relève pas de la compétence du juge chinois, car une telle légalité est soumise au contrôle du pouvoir législatif et au contrôle hiérarchique administratif.

a – Les droits dont dispose le contribuable dans la procédure contentieuse

Une fois que l'on est impliqué dans une procédure contentieuse contre l'administration fiscale, il est important de connaître et de savoir utiliser les droits qu'accorde la législation chinoise, qui sont les suivants :

- Le droit de demander la suspension de l'exécution de la décision contestée, même si le principe posé par la loi est que le recours contentieux administratif n'est pas suspensif (ce qui est la solution communément adoptée dans les autres pays) ;
- Le droit de demander la récusation des membres de la formation collégiale de jugement, si l'on estime que l'un de ces membres est directement ou indirectement lié au litige en cause par un intérêt personnel ou qu'il existe d'autres relations susceptibles de porter atteinte à l'impartialité du jugement ;
- Le droit d'exiger la communication par l'administration fiscale des éléments justifiant le bien-fondé de sa décision afin de mieux se défendre. En effet, contrairement au vieux principe romain *Actori incumbit probatio*, le législateur chinois a renversé la charge de la preuve dans le contentieux administratif. Ainsi, dans le contentieux fiscal, la charge de la preuve incombe à l'administration fiscale, comme c'est en principe le cas en France ; bien entendu, cela n'empêche pas le contribuable de produire des justificatifs pour appuyer ses prétentions ;
- Le droit de demander la réparation du préjudice subi, une telle demande pouvant être déposée conjointement ou séparément ;
- Le droit de recours contre la décision rendue en premier ressort et de façon exceptionnelle contre celle rendue en dernier ressort.

b – Les obligations imposées au juge

Parmi les obligations imposées au juge dans la procédure contentieuse administrative, celle du respect du délai imparti pour rendre sa décision nous paraît particulièrement importante dans la mesure où une affaire fiscale pourrait très souvent mettre le contribuable en difficulté sur le plan financier, notamment les entreprises. Pour ces dernières, leur survie pourrait même être mise en cause en raison de l'obligation de payer préalablement l'impôt contesté et l'indemnité de retard éventuelle.

Par conséquent, il est intéressant de savoir que

le délai légal dans lequel le juge de premier ressort doit rendre la décision est relativement court. En effet, il est de 3 mois. En cas d'appel, le juge bénéficie d'un délai de 2 mois pour rendre sa décision de dernier ressort. En revanche, l'intérêt de ce dispositif pourrait être considérablement amoindri par la possibilité d'une prolongation de ce délai, quoique une telle prolongation nécessite l'autorisation de la cour supérieure à l'échelon de province ou de la Cour populaire suprême lorsque la décision de premier ressort contestée est rendue par celle-là.

III. CONCLUSIONS

L'inobservation par les agents fiscaux des règles d'imposition constitue une des principales explications de l'augmentation continue du nombre des conflits entre l'administration fiscale et le contribuable (7), ce qui nous conduit à conclure par les remarques suivantes : l'administration fiscale chinoise n'étant plus inattaquable, le contribuable ne devrait pas hésiter à recourir aux armes juridiques qui lui sont offertes, notamment aux deux procédures exposées ci-dessus pour défendre ses intérêts (8). Les statistiques nous montrent que le contribuable a une chance importante d'obtenir les gains de cause : par exemple, le taux du maintien de la décision contestée (c'est-à-dire en faveur de celle-ci) à l'issue de la procédure de recours administratif est de 28,8 % en 2001 et 23,9 % en 2002 (9), le taux de gains de cause obtenus par l'administration fiscale dans les procédures contentieuses est de 34 % en 2000 (10). Ceci représente, comparée à la France, une statistique très favorable au contribuable.

L'amélioration de la gestion de l'impôt, qui comme partout passe par celle de la formation et la responsabilisation des agents, est actuellement un défi majeur dans l'évolution en cours de l'Empire du milieu.

(7) Cf. Qionghua Liu et Yanfei Shang, *Réflexions et propositions sur la gestion de l'impôt par le droit*, Études et Enquêtes, Bureau des impôts locaux de Beijing, n° 4, le 17 juin 2003 ; v. aussi, Jianhui Guo, *Réflexions et perspectives sur la perception et l'administration de l'impôt en Chine*, article publié le 22 mai 2003 sur le site du Forum des Affaires fiscales : WWW.hads.gov.cn

(8) Les études montrent qu'en cas d'existence des conflits avec l'administration fiscale, les voies de recours utilisés sont différentes entre les contribuables de nationalité chinoise et les contribuables qui sont les investisseurs étrangers : ceux-ci préfèrent essayer de trouver une solution en cherchant des *guangxi* (des connaissances au sein de l'administration par exemple), alors que ceux-là préfèrent en générale recourir directement aux voies de recours juridiques. V. Whujun Yuan et Wenxiong Gao, *Les entreprises à capitaux purement chinois cherchent des *guangxi*, et les entreprises à capitaux étrangers font appel à la loi* », article publié le 6 janvier 2001 par Beijing Youth Daily sur son site : [www.bjyouth.com.cn/Bqb/20010106/BIG5/4485\[D0106B0314.htm](http://www.bjyouth.com.cn/Bqb/20010106/BIG5/4485[D0106B0314.htm)

(9) Wei He, *Pourquoi les litiges fiscaux deviennent de plus en plus nombreux ?*, préc.

(10) Whujun Yuan et Wenxiong Gao, préc.

Stéphane VERNAY
Avocat à la Cour, Cabinet Gide Loyrette Nouel

Pierre WIEHN
Avocat à la Cour, Cabinet Gide Loyrette Nouel

La réforme fiscale envisagée depuis plusieurs années a pour objectif principal d'accompagner la mise en place d'une économie de marché reposant sur des conditions de concurrence égales entre opérateurs étrangers et nationaux. Elle découle à la fois des règles souscrites par la Chine en entrant à l'OMC et, au-delà des disciplines imposées par le commerce multilatéral, de la volonté du gouvernement chinois d'uniformiser la fiscalité des investisseurs nationaux et étrangers.

À côté des engagements en matière de baisse tarifaire, deux principes OMC exercent une influence sur la fiscalité : le traitement national et l'élimination des subventions déloyales causant un préjudice grave aux autres États membres.

En droit international, le traitement national signifie qu'il est garanti à un étranger et à ses biens un traitement au moins aussi favorable que celui réservé aux nationaux. Le traitement national constitue donc une garantie minimum au bénéfice de l'étranger. Il n'interdit pas en revanche de lui accorder un traitement plus avantageux que celui accordé aux nationaux.

Les accords OMC prévoient l'application du traitement national en matière de fiscalité pour ce qui est des services et des produits importés. S'agissant des services, l'application du traitement national n'est pas systématique car elle dépend à la fois des réserves formulées par les États membres et d'engagements spécifiques par type de service dans le détail duquel il n'est pas possible d'entrer dans le cadre limité de cet article.

C'est en fait le commerce de marchandises qui constitue la terre d'élection du traitement national. Selon le GATT, la fiscalité des produits importés ne doit pas être discriminatoire. Aussi, les règles d'un État membre aboutissant à une imposition plus lourde des biens importés que celle supportée par des produits nationaux similaires doivent être éliminées.

Outre le cas de certains biens particuliers comme l'acier ou les produits agricoles, d'une manière générale deux séries d'avantages fiscaux sont susceptibles de tomber sous le coup de cette interdiction : les crédits et remboursements d'impôt liés au paiement de la TVA sur l'achat ou la vente de biens fabriqués en Chine. Dans la première série, figure le crédit d'impôt correspondant à 40 % du prix d'acquisition de certains biens d'équipement d'origine chinoise imputable sur l'impôt sur le revenu

des entreprises (à capitaux chinois ou étrangers) établies en Chine. La seconde série est constituée par les remboursements de TVA portant sur certains biens produits en Chine. Il s'agit notamment des logiciels vendus par des fabricants établis en Chine qui peuvent obtenir, après une retenue de 3 %, la restitution de la TVA acquittée au taux de droit commun de 17 %, ou encore de certains biens d'équipement vendus par des producteurs domestiques qui ont droit au remboursement de la TVA dans des proportions variant de 35 à 100 % selon le type d'équipement.

Ces mesures sont contraires à la clause de traitement national dans la mesure où elles profitent uniquement aux produits d'origine chinoise, leur assurant ainsi un avantage concurrentiel par rapport aux produits similaires importés. Dans le cas des remboursements de TVA sur les biens d'équipement, la contrariété vient du fait que les produits similaires d'origine étrangère supportent la TVA à l'importation, sauf lorsqu'ils sont importés par des entreprises à investissements étrangers (EIE) figurant dans la catégorie encouragée selon le Catalogue des investissements étrangers. En conséquence, les biens d'équipement importés par des EIE classées dans les secteurs autorisés ou restreints ou par des entreprises à capitaux domestiques (ECD) similaires à ceux d'origine chinoise auxquels est accordée une remise font l'objet d'un traitement discriminatoire.

D'autre part, les règles OMC prônent l'élimination des subventions (la notion de subvention incluant ici toute forme d'incitation fiscale) accordées par un État à des secteurs industriels ou produits spécifiques et qui pénalisent le commerce des autres États membres. À ce titre, la Chine s'est engagée dans le Protocole d'accession à démanteler les subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux par préférence à des produits importés et les subventions à l'exportation.

La première catégorie recoupe l'exigence de traitement national et couvre les mesures incompatibles avec celle-ci précédemment énumérées. La seconde catégorie oblige la Chine à revenir sur un des piliers de sa politique fiscale consistant à favoriser l'implantation d'entreprises étrangères exportatrices. Ainsi, la réduction de 50 % de l'impôt sur le revenu des EIE qui exportent au moins 70 % de leur production est illégale au regard des règles OMC.

Le gouvernement a déclaré à de nombreuses reprises que la réforme fiscale comprendrait un volet mise en conformité avec l'OMC et régulariserait les contradictions persistantes.

Cependant, les obligations souscrites par la Chine lors de son adhésion à l'OMC n'ont qu'un impact ciblé sur la fiscalité directe des EIE et laissent persister un certain nombre de discriminations pesant sur elles. Par exemple, les groupes étrangers disposant de plusieurs EIE en Chine ne sont pas en mesure de consolider fiscalement leur résultat, alors que cette possibilité est offerte aux groupes domestiques sur approbation des autorités fiscales. A l'exception des secteurs de service où la Chine a souscrit à un traitement national sans restrictions, l'OMC n'impose pas en principe la suppression de cette inégalité de traitement.

Par ailleurs, les obligations pesant sur la Chine au titre de l'OMC sont insuffisantes pour rendre compte de l'étendue de la réforme fiscale actuellement envisagée. Sans y être contraint par l'OMC, le

gouvernement chinois souhaite mettre fin à la dualité de régime en matière de fiscalité directe entre EIE et ECD en promulguant une loi unique sur l'impôt sur le revenu des sociétés.

Une telle uniformisation implique de revenir sur de nombreux avantages dont bénéficient les EIE, dont les plus caractéristiques sont des taux d'imposition réduits à 24 ou 15 % pour les EIE de production, par rapport à un taux normal de 33 % auxquelles sont généralement soumises les ECD. A cet égard, il est souvent évoqué que le taux retenu dans la loi unique sur l'impôt sur le revenu des entreprises se situerait entre 24 et 27 %.

Bien que cette remise en question du traitement fiscal préférentiel des EIE – dont l'étendue est toujours en discussion – ne soit pas dictée par l'OMC, elle n'en est pas moins conforme à son esprit qui entend assurer l'assimilation de l'étranger au national.

Le perfectionnement du système de contrôle bancaire... une analyse de la réforme du droit bancaire chinois

Liping LU
Doctorante en droit

Tao SUN
Doctorant en droit

INTRODUCTION : LE CONTEXTE DE LA RÉFORME

Après l'entrée de la Chine dans l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), le secteur bancaire chinois ne peut éviter de s'ouvrir petit à petit aux capitaux étrangers. Par conséquent, les banques chinoises vont se trouver en compétition sévère avec les grands groupes bancaires internationaux. Mais, actuellement, le système financier chinois étant encore instable, sa capacité à résister au risque financier est relativement faible. De plus, du fait de politiques financières incohérentes, d'un contrôle discriminatoire à l'entrée sur le marché financier, de créances douteuses gigantesques au sein des banques nationales, le secteur bancaire chinois risque de connaître une grave crise financière à plus ou moins long terme. De fait, l'inadéquation structurelle du secteur bancaire est à l'origine même de ce risque.

La réforme de 1994 du système financier menée par le gouvernement Zhurongji, a, dans une certaine mesure, aidé la Chine à résister à la crise financière asiatique de 1997 /1998. Il faut reconnaître qu'à l'époque, la Chine a bénéficié d'un système financier relativement fermé au marché des capitaux internationaux. Néanmoins, vu que la Chine s'intègre de plus en plus dans l'économie mondiale, il devenait urgent d'établir un système bancaire qui peut prévenir et diminuer efficacement le risque financier extérieur.

Pour cette raison, le nouveau gouvernement chinois, qui est entré en fonction en mars 2003, a mis l'accent sur la réforme du système bancaire. Lors des 4^e et 5^e sessions du comité permanent de la 10^e Assemblée Populaire Nationale (APN), trois projets de loi ont été soumis en même temps au comité permanent de l'APN par le conseil des affaires d'État : le projet de « loi de la République Populaire de Chine sur la supervision et le contrôle bancaire » (ci-après « loi sur la supervision et le contrôle bancaire ») ; le projet d'amendement de la « loi de la République Populaire de Chine sur la Banque Populaire de Chine » (ci-après « loi sur la BPC ») (1) ; le projet d'amendement de la « loi de la République Populaire de Chine sur les banques commerciales » (2) (ci-après « loi sur les ban-

ques commerciales »), mais ils n'ont pas été adoptés. Ces projets de loi ont donc été de nouveau soumis au comité permanent lors de sa 6^e session qui s'est tenue en décembre 2003. Cette fois, ils ont enfin été adoptés et sont entrés en vigueur le 1^{er} février 2004. Ils montrent la nouvelle approche de la réforme du droit bancaire chinois qui vise au renforcement de l'efficacité du contrôle bancaire. Dans ce but, le point clé est l'amélioration de la professionnalisation des organes de contrôle (I) et la rationalisation des moyens de contrôle (II).

I. LA RÉPARTITION DES FONCTIONS ENTRE LES DIFFÉRENTS ORGANES DE CONTRÔLE

Pour renforcer l'efficacité du contrôle bancaire, une des mesures importantes est la création d'une nouvelle institution de supervision du secteur bancaire (A) ; ce qui conduit à une répartition des fonctions entre les différents organes de contrôle (B).

A – La création d'une nouvelle institution : la Commission de la supervision et du contrôle du secteur bancaire de Chine

Au début, c'était la Banque Populaire de Chine (3) (ci-après la BPC) qui était chargée de superviser les opérations bancaires. La loi du 18 mars 1995 avait en effet confié à la BPC à la fois une mission d'orientation de la politique monétaire, la charge de la tutelle du système bancaire et la supervision des opérations bancaires. Néanmoins, le développement rapide mais incohérent du secteur bancaire chinois nécessite de plus en plus une supervision bancaire spécialisée. Par conséquent, le conseil des affaires d'État a mis en place un nouvel organe chargé spécifiquement de la fonction de supervision des opérations bancaires, la Commission de la supervision et du contrôle bancaire de Chine (ci-après la Commission), qui est entrée officiellement en fonction le 28 avril 2003 (4). Le contrôle de l'accès au marché et la supervision des opérations bancaires exercées par la BPC est désormais à la charge de la Commission. Ainsi, le modèle de

(1) Promulguée par la 3^e session de la 8^e APN le 18 mars 1995 et entrée en vigueur le jour même

(2) Promulguée par la 13^e session de la 8^e APN le 10 mai 1995 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1995.

(3) La Banque Populaire de Chine a été créée, le 1^{er} décembre 1948, par la fusion de la Banque de Huabei, de la Banque de Beihai et de la Banque Agricole de Xibei. Mais ce n'est qu'en septembre 1983, que le Conseil des affaires d'État a reconnu officiellement la fonction de banque centrale jouée par la BPC. De plus, en 1995 ce rôle a été confirmé par la « loi sur la BPC ».

(4) Visitez le site : www.cbrc.gov.cn

supervision pluraliste des opérations bancaires a pratiquement pris forme.

La Commission est le fruit de la réforme du système de contrôle bancaire. Elle consiste en la consolidation de la supervision et du contrôle du secteur bancaire, et en l'amélioration de la capacité concurrentielle des établissements de crédit. En avril 2003, le comité permanent de l'APN a adopté une décision attribuant à la Commission la fonction de supervision des opérations bancaires. Mais cette décision n'est qu'une mesure provisoire pour la période de transition. Ainsi, il est urgent de mettre en place un système de contrôle bancaire et de confirmer la fonction de la Commission par la loi. Cette fois, la « *loi sur la supervision et le contrôle bancaire* » ; ainsi que les nouvelles lois « *sur la BPC* » et « *sur les banques commerciales* » répondent parfaitement à ce besoin.

B – La répartition des fonctions de contrôle entre la BPC et la Commission

Au sujet de la répartition des fonctions de contrôle bancaire entre les organes de contrôle, selon la réforme, le rôle de la BPC s'est trouvé renforcé dans les domaines de la politique monétaire et de la régulation et du contrôle macroéconomiques. En réalité, le but de la politique monétaire et du contrôle bancaire sont étroitement liés. En tant que dernier prêteur et créateur de la politique financière macroéconomique, et dans le but de « *se prémunir et de diminuer le risque financier et de maintenir la stabilité financière* » (5), la BPC sera chargée de certaines fonctions de supervision essentielles, notamment (6) :

1 – superviser le marché d'emprunt interbancaire, le marché des obligations interbancaires, le marché des changes interbancaires et le marché de l'or ;
2 – contrôler l'application des règlements relatifs à la gestion des réserves requises pour les dépôts faite par l'établissement de crédit, au contrôle du Ren-MinBi (7), à la gestion du marché d'emprunt interbancaire et du marché des obligations interbancaires, au contrôle des devises étrangères, à la gestion de l'or, à la gestion des liquidations, à la lutte contre le blanchiment d'argent (8) ; contrôler les actes de l'établissement de crédit liés au prêt spécial accordé par la Banque Populaire et à la gestion de la trésorerie de l'État représentant de la BPC.

En outre, il est prévu que « *lorsqu'un établissement de crédit connaît des difficultés de paiement, qui peuvent entraîner un risque financier,*

pour maintenir la stabilité financière, la BPC, approuvée par le Conseil des affaires d'État, a le pouvoir d'exercer la supervision et le contrôle sur cet établissement de crédit » (article 34).

Quant à la Commission, son champ de compétence est prévu par la « *loi sur la supervision et le contrôle bancaire* ». L'article 2, en son alinéa 1^{er}, dispose que la Commission, sous l'autorité du conseil des affaires d'État, supervise et contrôle les établissements de crédit ainsi que leurs activités professionnelles au niveau national. Il définit également, en son alinéa 2, les établissements de crédit comme étant tous les établissements financiers installés sur le territoire chinois qui gèrent les fonds publics – ces établissements sont les banques commerciales, les coopératives de crédit urbain et les coopératives de crédit rural – ainsi que les banques à caractère politique. De plus, selon l'alinéa 3, entre également dans le champs de compétence de la Commission la supervision des sociétés financières de l'actif, des sociétés de crédit et d'investissement, des sociétés d'expertise comptable, des sociétés financières de crédit-bail installés sur le territoire chinois, ainsi que la supervision des sociétés financières pour lesquelles l'approbation de l'organe de contrôle bancaire relevant du conseil des affaires d'État est nécessaire. Pour assurer l'impartialité et l'efficacité des activités de contrôle, la Commission « *exerce ses fonctions de supervision et de contrôle conformément à la loi, sans intervention des gouvernements locaux, des services gouvernementaux à tous les échelons, de la société civile et des individus* » (article 5). La Commission est chargée d'établir et de promulguer des règlements et des normes concernant les établissements de crédit et leur activités professionnelles. Toutefois, cette loi autorise la Commission à exercer sa fonction de supervision dans les domaines où la BPC est aussi compétente. Il existe donc, en ce cas, un risque réel de supervision croisée entre la BPC et la Commission dans certains domaines, mais la loi ne prévoit rien en cas de divergence éventuelle entre ces deux institutions.

Néanmoins, la BPC et la Commission ayant un fort lien organique entre elles, une grande coopération au niveau de leurs actes de contrôle est nécessaire. Par exemple, la BPC établie avec la Commission les règles de paiement et de règlement. De plus, en fonction des besoins liés à la politique monétaire et au maintien de la stabilité financière, la BPC pourra suggérer à la Commission d'effectuer un contrôle sur un établissement de crédit, la Commission devra alors lui donner une réponse dans un délai raisonnable ; surtout, un système de partage de l'information relative à la supervision bancaire et à la coopération en matière de contrôle sera établi entre la BPC et la Commission.

(5) Cf. la nouvelle « loi de la République Populaire de Chine sur la Banque Populaire de Chine » l'article 2.

(6) Cf. la nouvelle « loi de la République Populaire de Chine sur la Banque Populaire de Chine » l'article 4, l'article 32.

(7) La monnaie chinoise.

(8) La lutte contre le blanchiment d'argent a été ajoutée à la « loi sur la BPC » par l'amendement adopté en décembre 2003, ce qui démontre l'importance accordée par le Gouvernement chinois à cette question.

En effet, du fait de la répartition des champs de compétence, les organes de contrôle peuvent désormais exercer leur fonction chacun selon sa responsabilité, et améliorer l'efficacité du contrôle.

II. LA RATIONALISATION DES MOYENS DE CONTRÔLE

La création d'un nouvel organe de contrôle a seulement donné une base institutionnelle à la réforme du secteur bancaire. Toutefois, pour réaliser un contrôle financier efficace, il faut non seulement une orientation correcte de la supervision (A) mais aussi des moyens de contrôle rationalisés (B).

A – Une nouvelle approche de la supervision : la mise en avant de "la gestion des risques"

La nouvelle approche de la supervision mise en place par cette réforme en est un des points principaux les plus remarquables. Pendant longtemps, les autorités de contrôle chinoises étaient habituées à l'examen et à l'approbation administrative. Elles soulignaient excessivement l'accès au marché, négligeaient relativement la supervision continue. Pour améliorer l'efficacité du contrôle, la « *loi sur la supervision et le contrôle bancaire* » accorde une importance égale au contrôle réglementaire et à la gestion des risques. Elle combine les règles internationales générales avec l'actualité du développement chinois, en reprenant les principes concernant la surveillance prudentielle et la communication financière développés dans le nouvel accord établi par le Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire (ci-après le Comité de Bâle) (9).

La « *loi sur la supervision et le contrôle bancaire* » exige de la part des autorités de contrôle l'établissement des règles de gestion prudente (y compris la gouvernance d'entreprise, la gestion des risques, le contrôle interne, le ratio adéquat du capital, la qualité de l'actif, la perte de la réserve, la concentration des risques, la transaction interdépendante, la liquidité de l'actif, etc.) ; la supervision et le contrôle des tableaux fournis en annexe par les établissements de crédit ; l'établissement d'un système d'évaluation du niveau de gestion et d'un mécanisme d'alerte des risques des établissements de crédit ; l'établissement d'un système de responsabilité personnelle permettant de découvrir et de communiquer les risques survenus dans

(9) Le comité de Bâle, créé par les gouverneurs des banques centrales des pays du Groupe des Dix en 1974, regroupe actuellement les banques centrales et les organismes de réglementation et de surveillance bancaire des principaux pays industrialisés (Belgique, Canada, France, Allemagne, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Espagne, Suède, Suisse, Royaume-Uni et États-Unis). Le troisième document soumis à consultation sur le nouvel accord de Bâle a été publié le 29 avril 2003. Selon l'agenda du comité, un nouvel accord doit entrer en vigueur dans les pays membres du G10 fin 2006. L'accord comporte trois piliers : 1) exigences minimales de fonds propres ; 2) surveillance prudentielle de l'adéquation des fonds propres ; 3) exigences de communication financière.

le secteur bancaire ; l'établissement d'un mécanisme de traitement des risques survenus dans le secteur bancaire et d'un système d'information sur la supervision de l'établissement de crédit ; l'utilisation des moyens modernes d'analyse et d'évaluation de l'état des risques d'un établissement de crédit.

Mais, en eux-mêmes, la supervision et le contrôle externe des autorités de contrôle n'est pas suffisant. Le contrôle interne rigoureux de la banque est la condition préalable à la réalisation d'un contrôle efficace. Par conséquent, l'établissement de crédit est obligé d'avoir des structures perfectionnées et des règlements rigoureux, et d'établir des règles d'opération rationalisées et des mécanismes de contrôle interne moderne. La nouvelle « *loi sur les banques commerciales* » vise donc à modifier l'article 59, comme suit : « *les banques commerciales doivent respecter les règlements qui leur sont applicables, formuler leurs propres règlements relatifs à leurs activités professionnelles, établir et perfectionner leur propre système de gestion des risques et de contrôle interne* ».

Cela signifie un changement de comportement de la part des banques commerciales : du contrôle imposé vers l'autocontrôle actif. Bien sûr, il reste beaucoup de chemin à parcourir pour les banques commerciales.

B – L'utilisation combinée du contrôle sur place et du contrôle sur dossier

Longtemps, le contrôle sur place fut le mode de contrôle privilégié ; l'attention accordée au contrôle sur dossier était alors insuffisante. Désormais, la « *loi sur la supervision et le contrôle bancaire* » combine les deux modes de contrôle.

Pour la première fois, la « *loi sur la supervision et le contrôle bancaire* » statue sur le mode de contrôle sur dossier et charge l'organe de contrôle de « *contrôler sur dossier les activités professionnelles et l'état des risques de l'établissement de crédit* » (article 23). L'organe de contrôle analyse, dans tous les domaines, les différents bilans de comptabilité et de statistique, les données de gestion fournis par l'établissement de crédit, ainsi que le rapport d'audit fourni par l'expert-comptable, afin d'évaluer la qualité de la gestion de l'établissement de crédit et de prendre les mesures appropriées. Mais la procédure de contrôle sur dossier manque de précision. Plusieurs points ont, en effet, été oubliés, comme, par exemple, le délai et la périodicité auxquels doivent être communiqués les documents requis.

Mais en ce qui concerne le contenu du contrôle sur place, cette loi reste trop théorique. En effet, elle pose le principe selon lequel l'organe de contrôle est chargé de « *contrôler sur place les activités*

professionnelles et l'état des risques de l'établissement de crédit » (article 24). Elle exige également que l'organe de contrôle « *élabore et normalise les procédures et les actes de contrôle sur place* » (article 24). Dans la pratique, le contrôle sur place recouvre, dans la plupart de cas, des facteurs comme le ratio adéquat du capital, la qualité de l'actif, la qualité de gestion, la capacité de remboursement, la condition de revenu et de bénéficiaire, etc. Néanmoins, cette loi ne prévoit pas de contenu plus détaillé et plus précis du contrôle sur place. Quant aux procédures de contrôle sur place, les faibles exigences risquent de causer, dans la pratique, un certain nombre de difficultés dans les actes des opérations de contrôle.

CONCLUSION

Ces trois lois modifient considérablement le cadre juridique fondamental du système de supervision et de contrôle du secteur bancaire chinois et marquent un grand pas vers la maturité du système de supervision financier. Néanmoins, cette réforme comporte encore quelques insuffisances :

1 – la séparation des fonctions entre les différents organes de contrôle n'étant pas claire, la question se pose donc de savoir comment harmoniser la compétence croisée de la BPC et de la Commission concernant la supervision. La réforme doit préciser plus clairement les droits et les devoirs respectifs de la BPC et de la Commission, évitant ainsi tout conflit entre les deux organes de contrôle ;

2 – le contrôle bancaire doit protéger la concurrence équitable du secteur bancaire, et en améliorer la capacité de concurrence, mais la réforme insiste plutôt sur la prévention des risques financiers, alors que des mécanismes concrets pour encourager la concurrence du secteur bancaire devraient y être prévus ;

3 – les restrictions sur le pouvoir de contrôle des organes de contrôle étant insuffisantes, la nouvelle loi doit envisager les moyens d'éviter l'intervention inadéquate de ces organes sur la gestion autonome des établissements de crédit une fois assurées les conditions d'un contrôle efficace ;

4 – la réforme n'a pas mis l'accent sur le problème du contrôle des succursales d'outre-mers des banques chinoises. Dans le contexte de l'internationalisation du secteur bancaire, l'inefficacité du contrôle des succursales d'outre-mers peut entraîner, pour les banques chinoises, des risques financiers considérables aussi bien au niveau national qu'international ;

5 – la création spécifique de la Commission dans le but de superviser le système bancaire et le transfert de la fonction de contrôle de la BPC à celle-ci ont sans doute renforcé la disposition du « *contrôle*

spécialisé ». Néanmoins, depuis les années 80, la tendance au niveau mondial montre un net accroissement des activités mixtes des établissements de crédit ainsi que du contrôle financier mené par une autorité unique. Par exemple, en France, la « *loi de sécurité financière* » du 1^{er} août 2003 a créé un Comité consultatif de l'ensemble du grand secteur financier ⁽¹⁰⁾.

Tous ces problèmes étant inévitables en pratique, ils méritent d'être approfondi par le législateur chinois. Nous pensons d'ailleurs que celui-ci doit avoir une vision à plus long terme afin d'accompagner le mouvement international actuel.

(10) J.-J. Daigre, la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière, JCP, La semaine Juridique, Édition générale, n° 38-17 septembre 2003, p. 1605.

Transparence et intégrité sur le marché boursier chinois

Jun CHENG

Docteur en droit de l'Université de Paris I

La transparence et l'intégrité constituent les deux clefs de voûte du marché boursier. Si la transparence réside en une bonne information des marchés, l'intégrité réside principalement en la répression des infractions boursières et en particulier des infractions informationnelles. Ainsi, la transparence et l'intégrité constituent deux notions asymétriques autour de l'information.

14 ans après la constitution de la première bourse, la Chine a mis en place un grand nombre de régimes pour assurer la transparence du marché boursier et préserver l'intégrité des opérations boursières. Avant de faire une présentation sommaire de ces régimes, il convient de dire quelques mots sur les autorités des marchés et l'organe vérificateur de l'information.

La CSRC (China Securities Regulatory Commission) est l'organe homologue de l'AMF (Autorité des Marchés Financiers) de la France issue de la fusion de la COB (Commission des Opérations de Bourse) et du CMF (Conseil des Marchés Financiers). Ainsi, la CSRC dispose des pouvoirs réglementaire, pouvoir d'injonction, pouvoir d'enquête administrative, pouvoir de sanction, etc. Elle peut même saisir directement des documents. La principale mission de la CSRC est de veiller à la transparence et à l'intégrité du marché boursier.

Le juge, en Chine comme en France, joue un rôle important dans la régulation du marché boursier. Il s'agit aussi bien du juge de première instance que du juge de recours. De manière directe, le juge de première instance veille à la transparence du marché en appliquant des sanctions judiciaires à des opérateurs défaillants de leurs obligations d'information. De manière indirecte, le juge de recours veille à la transparence par le biais du contrôle des décisions de la CSRC.

Il convient de noter que le commissaire aux comptes, l'organe légal particulier de la France, n'existe pas en Chine. Le droit chinois confie le travail de vérification d'information à certains organes contractuels tels que les avocats, les experts comptables, les conseils financiers, etc.

I. TRANSPARENCE – BONNE INFORMATION DU PUBLIC ET DES OPÉRATEURS

Afin d'assurer la transparence du marché, le droit chinois impose un certain nombre d'obligations d'information, d'une part à l'égard des sociétés cotées émettrices des titres et d'autre part, à l'égard des détenteurs des titres. La CSRC veille à la transparence du marché en exerçant un contrôle sur les informations diffusées de la même manière que la COB : le contrôle préalable suivi par le contrôle continu ; l'enquête en cas d'anomalie et la sanction en cas d'infraction. Le contrôle préalable à l'opération réside en l'autorisation accordée par la CSRC après l'examen du projet lui est soumis. Il convient de signaler qu'un contrôle de fond est également exercé par la CSRC qui vérifie la capacité d'un opérateur vis-à-vis de l'opération envisagée, le caractère équitable ou non de l'opération vis-à-vis des épargnants, etc.

a – Obligations d'information incombant aux sociétés cotées

Les sociétés cotées sont soumises à de multiples obligations d'information. Trois types d'informations sont obligatoires : l'information permanente, l'information périodique et l'information spécifique à une opération financière.

L'information périodique est assurée par les rapports annuels et semestriels que les sociétés cotées sont tenues de publier et de soumettre à la CSRC et à la Bourse. Ces rapports comportent des informations financières et gestionnaires de la société. Le rapport annuel doit également révéler l'information concernant la détention des actions par les dirigeants sociaux, les noms des dix premiers grands détenteurs d'actions ainsi que le nombre d'action qu'ils détiennent (articles 60 et 61 de la loi sur les valeurs mobilières).

L'information permanente est assurée par des rapports provisoires qui doivent également être publiés et soumis à la CSRC et à la Bourse. Ces rapports révèlent tout événement important susceptible d'influer les cours des marchés et qui n'est pas encore connue du public. L'article 62 de la loi a listé de manière non exhaustive ces événements.

L'information spécifique doit être fournie lors des opérations sociétaires ou boursières importantes telles que l'émission de nouvelles actions, l'OPA, etc. L'information spécifique fait l'objet des dispositions concrètes des Règlements. À titre d'illustra-

tion, le règlement CSRC de 2002 sur l'acquisition des sociétés cotées comporte des dispositions détaillées sur l'obligation d'émettre un projet d'offre publique et sur le contenu de ce projet.

b – Obligations d'information incombant aux détenteurs des titres

Les détenteurs des titres, notamment les grands porteurs et les dirigeants de la société émettrice, sont soumis à un certain nombre d'obligations d'information telles que la révélation de l'action de concert, la notification des franchissements de seuil, la révélation des pactes d'actionnaires, etc.

Le mécanisme de révélation des pactes d'actionnaires n'est pas prévu par le droit chinois car ces pactes sont rarement pratiqués en Chine. Tout au plus, l'on peut trouver quelques dispositions éparpillées dans le cadre de révélation de l'action de concert dont l'on va parler plus bas.

En ce qui concerne les dirigeants détenteurs de titres de leur société, le droit français leur impose une obligation permanente de mise sous forme nominative ou dépôt des actions qu'ils détiennent de leur société (L. 225-109 du Code de commerce français). En Chine, ce mécanisme n'a pas lieu d'exister puisque le droit chinois a adopté une solution simpliste qui consiste à interdire catégoriquement toute cession des actions détenues par certains dirigeants sociaux (administrateurs, membres du conseil de surveillance et les directeurs) (article 147 de la loi sur les sociétés).

i – Révélation de l'action de concert

Le règlement de la CSRC relatif à la révélation d'information concernant le changement de proportion de détention des actions cotées, édicté en septembre 2002, a défini la notion de concertiste. Aux termes de l'article 9 dudit règlement, sont considérés comme agissant de concert, des personnes qui, moyennant un accord, une coopération, une relation d'affiliation ou d'autres procédés légaux, élargissent le pourcentage de participation ou renforcent le contrôle d'une société et adoptent la même position lors de l'exercice du droit de vote. La formule « la même position » signifie la proposition conjointe de résolution, la nomination conjointe des administrateurs, la procuration d'exercice de droit de vote, etc.

Aux termes de l'article 13 du règlement précité, lors du changement de pourcentage de détention, les concertistes peuvent s'accorder par écrit pour charger un concertiste de l'obligation d'information. Ils doivent pourtant tous signer le document d'information. Chaque concertiste est responsable de l'information qui le concerne. Si l'information concerne plusieurs concertistes, les concertistes concernés sont solidairement responsables.

ii – Notification des franchissements de seuil

Le mécanisme de notification des franchissements de seuil, destiné à assurer une connaissance précise de la répartition du capital des sociétés cotées, est prévu à la fois par la loi sur les valeurs mobilières et par le règlement de la CSRC relatif à la révélation d'information concernant le changement de proportion de détention des actions cotées.

En ce qui concerne le régime concret de la notification, le droit chinois ne présente guère de particularité par rapport au droit français à l'exception des points suivants : l'inexistence de seuil statutaire et l'interdiction d'achat et de vente dans le délai de déclaration et dans les deux jours ouvrables après la déclaration.

On regrette pourtant que le droit chinois n'ait pas prévu le mécanisme de déclaration d'intention lors du franchissement de certains seuils importants tels que les seuils de 10 % et de 20 % comme il a été prévu par l'alinéa 7 de l'article L. 233-7 du Code de commerce français.

II. INTÉGRITÉ – RÉPRESSION DES INFRACTIONS INFORMATIONNELLES

Les infractions informationnelles se manifestent soit en la transmission ou l'utilisation frauduleuse des informations privilégiées, soit en la diffusion de fausses informations ou la manipulation des cours. En matière de répression des infractions boursières, ce qui rapproche le droit chinois au droit français, est la double sanction pour les infractions : sanction administrative ou sanction pénale. Il n'existe pourtant pas de cumul de sanction en Chine comme il en existe en France. L'infraction, en fonction de la gravité des faits, constitue soit un manquement administratif, soit un délit. La gravité des faits est déterminée en prenant en compte les circonstances, les éléments moraux, les conséquences de l'infraction, etc.

a – Intégrité – bonne transmission et utilisation des informations privilégiées

La transmission et l'utilisation illégale des informations privilégiées constituent des infractions d'initiés dont la répression consiste à préserver l'intégrité du marché.

i – Notion d'information privilégiée et notion d'initié en droit chinois

En Chine, la notion d'information privilégiée émane de plusieurs sources. La définition législative donnée par l'article 69 de la loi de 1996 sur les valeurs mobilières est la suivante : « *Dans les transactions des titres, tout renseignement concernant la gestion, le financement et la comptabilité d'une société cotée ou tout renseignement susceptible*

d'influer sur le cours des titres de la société, tant qu'il n'est pas rendu public, constitue une information privilégiée ». Cette définition rapproche la notion chinoise à la notion française d'information privilégiée. Le législateur a rajouté à cette définition générale une liste très longue d'informations privilégiées qui comprend près d'une quinzaine de cas de figure.

La notion d'initié n'a pas été définie par la loi qui a pourtant fait une liste non exhaustive des initiés. À la lecture de la loi et de certains règlements, quatre catégories d'initiés se dégagent :

1 – Les initiés primaires. Cette catégorie comprend d'abord les personnes qui participent à l'administration et la gestion de la société émettrice et les actionnaires détenant plus de 5 % des actions de la société émettrice. La catégorie comprend ensuite les employés de la société émettrice qui ont accès à l'information privilégiée à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions dans la société.

2 – Les initiés secondaires. Cette catégorie comprend d'abord les employés des autorités des marchés financiers qui ont accès à l'information privilégiée dans l'exercice de leurs fonctions ; elle comprend ensuite les employés des intermédiaires financiers, des sociétés de bourse, des institutions de compensation, et d'autres prestataires de services financiers qui, ont accès à l'information privilégiée à l'occasion de l'exercice de leur profession ; elle comprend enfin les personnes (y compris leurs employés) qui ont des relations commerciales étroites avec la société ou les personnes projetant une acquisition de la société.

3 – Les initiés tertiaires. Ce sont les simples particuliers qui ont eu connaissance de l'information privilégiée à titre illégal.

4 – D'autre initiés qualifiés par le CSRC.

ii – Obligations incombant aux initiés et répression des infractions corrélatives

La loi chinoise sur les valeurs mobilières a adopté une méthode simpliste pour définir les obligations des initiés. L'article 70 de ladite loi prévoit une obligation absolue d'abstention et de discrétion. Aux termes de l'article, tous les initiés y compris les simples « tuyautés », ne doivent pas effectuer des transactions des titres de la société dont il a connu l'information privilégiée. C'est sans doute une obligation trop lourde qui prive complètement la capacité d'agir d'un initié.

En ce qui concerne les mesures de précautions, le droit chinois a mis en place des mesures très rigoureuses. D'abord, une interdiction de détention des actions est imposée par l'article 37 de la loi sur les valeurs mobilières aux employés des autorités de marchés, des bourses et d'autres prestataires de services financiers prévus par des lois et des

règlements. Ensuite, une interdiction de cession des actions détenues par certains dirigeants sociaux (administrateurs, membres du conseil de surveillance et les directeurs) est prévue par l'article 147 de la loi des sociétés de 1994. Troisièmement, une restriction des transactions à court terme est imposée aux grands porteurs d'action – actionnaires détenant 5 % ou plus des actions d'une société. L'article 42 de la loi sur les valeurs mobilières prévoit que si ces grands porteurs vendent des actions dans moins de 6 mois après qu'ils ont acheté, ou s'ils achètent dans moins de 6 mois après qu'ils vendent, les profits ainsi réalisés appartiennent à la société. Enfin, l'article 35 de la loi sur les valeurs mobilières interdit toute transaction à découvert.

Les infractions d'initiés sont réprimées soit administrativement soit pénalement, la gravité des faits détermine s'il s'agit d'un délit ou d'une infraction administrative. Les sanctions administratives sont prévues par l'article 183 de la loi sur les valeurs mobilières qui consistent principalement en des amendes. Les sanctions pénales sont prévues par l'article 180 du Code pénal qui peut aller jusqu'à 10 ans de prison sans préjudice des amendes.

b – Intégrité – répression des informations fausses et artificielles

L'information donnée au public doit être exacte, précise et sincère. Néanmoins, il se peut que des informations exactes et précises soient fondées sur des réalités fictives construites artificiellement par des manœuvres. Ainsi, la répression des informations fausses et trompeuses doit se distinguer de la répression des informations artificielles consistant à entraver la formation de cours (1).

i – Répression de la diffusion de fausses informations

L'infraction administrative de fausses information est prévue par les articles 188 et 189 de la loi sur les valeurs mobilières. Les personnes punissables se divisent en deux catégories : la première catégorie vise les personnes ordinaires ; la deuxième vise les prestataires de services financiers, les bourses et leurs employés des autorités des marchés. Les éléments constitutifs de l'infraction administrative pour les deux catégories de personnes sont différents. Ainsi, pour la première catégorie, il s'agit d'une infraction de commission. Aux termes de l'article 188, il faut que de fausses informations soient inventées et répandues et que le fait soit de nature à perturber le marché. Le terme « inventer »

(1) Ces deux infractions résident en deux processus à sens inverse. Alors que la première a pour but de fausser le jeu normal du marché boursier sans intervenir directement sur le marché, la deuxième infraction consiste à intervenir de manière frauduleuse sur le marché pour créer des informations artificielles.

suppose un élément volontaire de nuire. Pour la deuxième catégorie, il s'agit d'une infraction involontaire. Toutefois, pour ces deux catégories, aucune conséquence n'est exigée pour la qualification de l'infraction. Il s'agit donc d'une infraction formelle.

Le délit de fausses informations est prévu par l'article 181 du Code pénal. Les éléments constitutifs sont également différents pour les deux catégories précitées. Pour la première catégorie, il s'agit d'un délit de résultat. Il faut une « conséquence grave » selon le texte. Pour la deuxième catégorie, il s'agit alors d'un délit volontaire et de résultat. Si le fait est vêtu d'une certaine gravité, la peine sera alourdie.

ii – Répression des manipulations des cours

Tandis que la manipulation de cours constitue toujours un délit en France, elle constitue soit un manquement soit un délit en Chine et ce en fonction de gravité des faits. En droit chinois, la manipulation de cours constitue une forme de la manipulation du marché dont la répression constitue d'emblée une grande préoccupation des autorités boursières et du législateur. Un règlement dit « Mesures temporaires pour interdire les actes boursiers frauduleux » et la loi sur les valeurs mobilières comportent tous des dispositions concernant la manipulation du marché et la notion de la mani-

pulation du marché émane principalement de ces deux sources. Ainsi, aux termes des dispositions législatives ou réglementaires, l'objet final de la manipulation consiste à réaliser des profits ou minimiser des pertes ou transférer des risques aux autres opérateurs. Les moyens des manipulateurs peuvent être des avantages financiers ou informationnels, ou du pouvoir provenant des fonctions, etc. Les manipulations auraient pour effet d'affecter le cours ou de créer des fausses images des marchés et les investisseurs peuvent ainsi être induits à faire des décisions d'investissement en non-connaissance de la vérité. Des procédés typiques de manipulation sont énumérés tant par la loi que par le règlement à la suite de la définition générale.

CONCLUSION

Malgré les mécanismes de prévention et de sanction mis en place, la transparence et l'intégrité du marché boursier chinois restent beaucoup à améliorer. En effet, la pratique boursière fait souvent paraître des lacunes et la faible applicabilité de certaines dispositions. Ainsi, de grands efforts restent à faire tant pour le législateur que pour les autorités du marché.

Le droit du travail en Chine : un droit "hors normes" dans le contexte de l'ouverture de la Chine et de l'OMC

Pendant les trois décennies ayant suivi la constitution de la République populaire de Chine, le droit du travail a été un « droit inutile ». La population active urbaine était en effet gérée comme une gigantesque fonction publique. L'affectation aux emplois par les bureaux du travail était la règle et le salarié ne se trouvait en rien dans une situation contractuelle. La fameuse *Danwei*, l'unité de travail, assurait la vie professionnelle et également la vie privée des salariés.

La situation a considérablement changé avec l'apparition de nombreuses sociétés à capitaux étrangers, la privatisation partielle ou totale de beaucoup d'entreprises publiques et l'émergence d'un secteur privé chinois depuis 1992. Cette révolution économique n'a cependant, à ce jour, pas été accompagnée par l'émergence d'un droit véritable du travail. La législation du travail est très en retard par rapport à une évolution rapide des pratiques. Ce droit reste soumis à un grand nombre de réglementations disparates publiées par l'autorité administrative du travail... La doctrine est en germe. Les enseignements commencent à peine à se mettre en place dans les Universités. Il n'existe pas de juridictions spécialisées et peu de juges connaissent ce droit en formation. L'inspection du travail est faible. De plus, dans la société chinoise à majorité paysanne, il n'y a toujours qu'une fraction de la population active qui est soumise au droit du travail (environ 36 % en 2001).

Ce sous-développement du droit du travail chinois n'est pas le moindre des attraits de la Chine pour l'investissement étranger évalué à 50 milliards de dollars en 2002. Mais il est un frein pour les investisseurs les plus exigeants qui souhaitent pouvoir se référer à des normes mieux établies. Ce souci se reflète dans le mouvement des « codes de conduites » et des « labels sociaux » impulsés par les consommateurs.

Cependant, comme dans bien d'autres domaines, les choses évoluent depuis ces dernières années : des règles nouvelles sont édictées, un début de jurisprudence commence à se former et quelques spécialistes chinois sont apparus.

Il est trois domaines principaux où les choses ont évolué :

- la législation renforcée mais caractérisée par une grande diversité locale ;
- l'unification du champ d'application du droit du travail ;

Aiqing ZHENG

Doctorante en droit de l'Université Paris I

- l'acceptation de certaines règles internationales.

Il est d'autres domaines où beaucoup reste à faire :

- l'accès non discriminatoire à l'emploi ;
- la liberté syndicale ;
- le droit de grève ;
- l'élimination du travail forcé.

I. UNE LÉGISLATION RENFORCÉE SURTOUT AU PLAN DES PRINCIPES, MAIS ASSORTIE DE VARIANTES LOCALES

« Construire l'édifice de la législation du travail » en Chine répond aux changements de fait introduits dans les relations de travail par l'application de « l'économie socialiste de marché » depuis 1992. Autrefois, la relation de travail en Chine était de nature administrative, supposée non conflictuelle, et était gouvernée par les politiques du Parti et les réglementations administratives subséquentes. Selon la loi sur le travail de 1994, l'entreprise et le salarié doivent conclure un contrat de travail. Cette contractualisation des relations de travail a exigé la mise en place d'une série de règles d'accompagnement. Les réglementations sur l'agence de l'emploi sont introduites ; le système de licenciement est établi ; le règlement sur l'assurance chômage est modifié en 1998 ; le mécanisme de solution des conflits du travail est mis en marche.

La législation du travail s'oriente désormais vers la régulation du marché du travail. Mais, actuellement, au niveau national, il y a plutôt des principes qui régissent la matière, n'ayant pas assez de sujets qui font l'objet des lois. Pourtant, on constate que les règlements du travail locaux revêtent une importance considérable pour la vie professionnelle du salarié. Le salaire minimum, les cotisations de la sécurité sociale sont différents d'une ville à l'autre. Les gouvernements provinciaux ont adopté des règlements dans divers domaines du travail : le contrat du travail ; la convention collective ; l'inspection du travail ; la protection sociale. Pour les grandes villes comme Shanghai et Pékin, le règlement du travail progresse rapidement. Par exemple, les municipalités de ces deux villes ont arrêté des règles sur le travail en temps partiel.

II. L'UNIFICATION DU CHAMP D'APPLICATION DU DROIT DU TRAVAIL

Avant 1994, les salariés des entreprises d'État, des entreprises collectives et des entreprises mixtes étaient soumis à des règles du travail différentes. Depuis lors, pour construire un marché du travail unifié, la législation du travail s'applique aux salariés de toutes les catégories d'entreprises et non plus seulement à une partie d'entre eux. Ceci est confirmé expressément par les lois et les règlements les plus récents en Chine : la loi sur le travail de 1994, la loi sur le syndicat de 2001, la loi sur la sécurité dans la production de 2002, le règlement sur l'assurance chômage de 1998, le règlement sur l'interdiction d'employer des enfants dans le travail de 2002 et le règlement sur l'assurance accident de 2003. Il en va de même pour les règlements du travail locaux qui sont maintenant applicables aux salariés des entreprises, quelle que soit la nature de la propriété de l'entreprise.

III. L'ACCEPTATION DE CERTAINES PRATIQUES ET NORMES INTERNATIONALES

Si la Chine reste fermement opposée à l'adoption de « clauses sociales » que certains pays développés préconisent de faire adopter par l'OMC, elle a commencé, cependant, au cours du processus d'adhésion à cette organisation, à étudier les normes internationales et en a ratifié certaines. Elle a ratifié respectivement le Pacte international relatif aux droits politiques et civils de 1966 et le Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux de 1966 de l'ONU en 1998 et en 2001 ; elle a aussi ratifié 20 Conventions de l'OIT jusqu'à présent mais cela ne se traduit que lentement en droit positif.

Le noyau de ces « clauses sociales » sont les droits fondamentaux définis par l'OIT en 1998 ainsi que le texte de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Ces droits fondamentaux concernent principalement quatre aspects :

- la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ;
- l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ;
- l'abolition effective du travail des enfants ;
- l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

Ces principes se retrouvent essentiellement dans 8 Conventions de l'OIT :

- C 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical 1948 ;
- C 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective 1949 ;
- C 29 sur le travail forcé 1930 ;
- C 105 sur l'abolition du travail forcé 1957 ;

- C 100 sur l'égalité de rémunération 1951 ;
- C 111 concernant la discrimination (emploi et profession) 1958 ;
- C 138 sur l'âge minimum 1973 ;
- C 182 sur les pires formes de travail des enfants 1999

Parmi ces 8 Conventions, la Chine en a ratifié 3 : C 100 (en 1990), C 138 (en 1999) et C 182 (en 2002). Elle est en train d'envisager l'adoption de C 111. S'agissant des droits fondamentaux cités dessus, la doctrine chinoise estime qu'ils sont déjà inclus dans les textes chinois à l'exception de la liberté syndicale et de l'élimination du travail forcé.

Concernant l'abolition du travail des enfants, le nouveau règlement sur l'interdiction d'employer les enfants dans le travail mis en vigueur depuis le premier décembre 2002 a introduit des sanctions plus sévères par rapport à celui de 1991. Quant à la négociation collective, elle demeure dans une période d'essai. La Fédération nationale des syndicats et le ministère du Travail ont arrêté des règles en cette matière et ont promu le déroulement de la négociation collective dans les entreprises mixtes et dans certaines entreprises publiques. Malgré le maintien du monopole syndical, la loi sur le syndicat de 2001 a accentué le rôle essentiel du syndicat dans la sauvegarde des intérêts des salariés. Elle apporte également des garanties juridiques concernant le statut des cadres syndicaux et le paiement des cotisations patronales.

Le système tripartite au niveau national et au niveau provincial a été mis en place depuis août 2001. Il permet la création progressive d'un mécanisme de partenariat social en Chine. Actuellement, il joue un rôle assez actif dans la conciliation des conflits collectifs du travail dont le nombre augmente en raison des licenciements massifs (phénomène des xia gang ou dépostés).

Malgré ces progrès, le droit du travail chinois est confronté à nombre de défis. On pourrait aussi bien évoquer les retards de paiement ou les retenues illégales sur le salaire, le nombre consternant des accidents du travail et de maladies professionnelles ou la faiblesse de la protection sociale. Mais nous nous contenterons d'évoquer les grandes questions de principe que sont la non-discrimination en matière d'emploi, la liberté syndicale, le droit de grève et l'interdiction du travail forcé.

IV. LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR L'ORIGINE SOCIALE DANS L'ACCÈS À L'EMPLOI

La Chine est actuellement confrontée à un afflux de population rurale en ville. En 2002, elle compte une population flottante de 120 millions des personnes, dont 80 % sont des « travailleurs-paysans » dans les zones urbaines.

À cause du fameux hukou (livret de résidence), les paysans doivent satisfaire à toutes sortes de formalités pour travailler légalement en villes. Trois attestations sont nécessaires : l'attestation du bureau de l'emploi local attestant leur sortie ; l'attestation d'habitation provisoire émise par la police du district de la ville d'accueil ; l'attestation du bureau de l'emploi du district de la ville d'accueil (À Pékin, cela coûte respectivement 185 RMB, 188 RMB et 205 RMB pour une année). À ces attestations, s'ajoutent les limites établies par l'autorité municipale du travail sur les postes disponibles pour eux. De plus, ce qui se passe dans les usines à capitaux étrangers montre que les « travailleur-paysans » gagnent des salaires beaucoup plus bas que ceux des salariés urbains, avec de mauvaises conditions de travail, et sans bénéfice de la protection sociale.

V. L'ABSENCE DE LA LIBERTÉ SYNDICALE

Au terme de l'article 2 de la Convention 87 de l'OIT, les travailleurs ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières. Or, la loi de Chine sur le syndicat de 2001 édicte que l'établissement des syndicats de base doit être autorisé par le syndicat supérieur. Toute tentative faite par les salariés de constituer une organisation indépendante s'est heurtée à une répression sévère. La Confédération internationale des syndicats libres (CISL) a porté plainte à ce sujet devant l'OIT.

Si la Convention de l'OIT n'a pas pour objet de rendre obligatoire le pluralisme syndical, ce dernier doit rester possible dans tous les cas, même si un régime d'unicité a été, à un moment donné, adopté par le mouvement syndical. La loi sur le syndicat de 2001 maintient le monopole syndical officiel et prévoit expressément l'autorité du Parti communiste chinois sur le syndicat. « *L'unicité syndicale en Chine constitue un choix historique du mouvement ouvrier ; la pluralité syndicale divise la force ouvrière et en conséquence réduit le poids du syndicat dans ses rapports avec le gouvernement* ». Telle est encore la position constante du Parti communiste.

VI. LE MUTISME SUR LA GRÈVE

Les textes chinois sont muets sur la grève mais le gouvernement admet indirectement l'existence des grèves sauvages puisque l'article 27 de la loi sur le syndicat de 2001 oblige dans ce cas le syndicat à négocier avec l'entreprise et à aider au rétablissement de la production. La loi parle « *d'arrêt du travail ou de ralentissement du travail* » mais c'est bien de la grève qu'il s'agit. Le mutisme des textes n'a pas empêché le déclenchement des grèves dans

la pratique, qui sont enregistrées plutôt dans les entreprises à capitaux étrangers. Alors que les licenciés des entreprises publiques adoptent souvent une autre forme de revendication : manifester devant la municipalité pour prétendre à des indemnités. En fait, les grèves ne font pas l'objet des reportages publics. Mais la discussion à cet égard devient plus ouverte et la doctrine est unanime en faveur de la reconnaissance légale du droit de grève aux travailleurs.

VII. L'EXISTENCE DU TRAVAIL FORCÉ

Conformément à l'article 2 de la Convention 29 de l'OIT, le terme travail forcé ou obligatoire ne s'applique pas à « *tout travail ou service exigé d'un individu comme conséquence d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire, à la condition que ce travail ou service soit exécuté sous la surveillance et le contrôle des autorités publiques et que ledit individu ne soit pas concédé ou mis à la disposition de particuliers, compagnies ou personnes morales privées* ». Le système de « l'éducation par le travail » en Chine n'entre pas dans ce cadre puisqu'il permet de condamner une personne au travail sans passer par les juridictions. La durée de « l'éducation forcée par le travail » est au maximum de 4 ans. Les pratiquants de la secte falungong sont parmi les victimes de cette pratique pour des durées qui sont souvent de l'ordre d'un an et demi. Ce système prête le flanc à la critique permanente de la communauté internationale. Depuis ces dernières années, la doctrine chinoise unanime dénonce la violation des normes internationales. Les institutions chinoises concernées en sont conscientes. Quant à la solution de ce grave problème, elle suscite des opinions divergentes, que les limites de cet article ne permettent pas d'exposer.

CONCLUSION

À l'heure actuelle, la Chine continue à considérer que le progrès économique permet en lui-même d'améliorer la situation sociale des travailleurs, beaucoup mieux que ne pourrait le faire une législation sophistiquée du droit du travail. Mais le décalage entre un système juridique hérité de la planification et la réalité économique actuelle l'amène peu à peu à empiler les briques d'un droit du travail en construction.

L'accord commercial bilatéral entre la Chine et Hong Kong

Robert BIJLOOS

Avocat au Barreau de Paris

Lefèvre Pelletier & associés, Avocats, Paris - Hong Kong

Shenghui LU

Avocat au Barreau de Paris, Docteur en droit

Lefèvre Pelletier & associés, Avocats, Paris - Hong Kong

La Chine Continentale (« Chine ») et sa Région Administrative Spéciale de Hong Kong (« Hong Kong ») et Hong Kong ont signé le 29 juin 2003 un accord commercial bilatéral, *Closer Economic Partnership Arrangement* (« CEPA »). Le CEPA représente le résultat des mois de négociations et répond aux inquiétudes de Hong Kong sur l'avenir de son rôle d'intermédiaire entre la Chine et le monde extérieur.

Le 29 septembre 2003 ont été signées les six annexes du CEPA, à savoir : 1. Arrangements pour la mise en œuvre du tarif zéro dans le commerce de marchandises ; 2. Règles d'origine pour le commerce de marchandises ; 3. Procédures pour la délivrance et la vérification des certificats d'origine ; 4. Engagements spécifiques en matière de libéralisation du commerce de services ; 5. Définition de « Prestataire de service » et les exigences requises ; 6. Simplification du commerce et de l'investissement.

I. UN ACCORD BILATÉRAL MARQUÉ PAR DES CONCESSIONS UNILATÉRALES

Le CEPA est certes un accord bilatéral, mais il est caractérisé par des concessions unilatérales de la Chine. Il comprend trois volets : désarmement tarifaire, ouverture préférentielle du marché chinois des services et un ensemble de mesures destinées à faciliter les échanges.

À partir du 1^{er} janvier 2004, 273 catégories de produits d'« origine hongkongaise » seront dispensés de droits de douane en Chine. Les droits douaniers seront supprimés sur l'ensemble des produits hongkongais au 1^{er} janvier 2006. Hong Kong n'imposera aucune restriction aux importations en provenance de la Chine. Cependant, Hong Kong étant une zone franche, les engagements bilatéraux se caractérisent par d'importantes concessions unilatérales. Hong Kong et la Chine s'engagent à ne prendre aucune mesure de sauvegarde et aucune procédure anti-dumping l'une à l'égard de l'autre.

Le désarmement tarifaire aura des effets moins significatifs que les préférences des secteurs de services. Car beaucoup d'entreprises hongkongaises de production se sont délocalisées en Chine et notamment dans le Guangdong. D'ailleurs, une grande partie des flux commerciaux vers la Chine, résultant des opérations de travail à façon, sont déjà lar-

gement dispensés de droits. Cependant, Hong Kong peut maintenir ou re-localiser sur place des productions à haute valeur ajoutée.

La Chine ouvre 18 secteurs de services. Les mesures préférentielles sont variables selon les catégories, mais raccourcissent, de 2 à 5 ans, le calendrier de libéralisation prévu dans le cadre de l'OMC, ou allègent les critères d'accès applicables aux entreprises étrangères. À la libéralisation de l'exportation des services vers la Chine s'ajoute encore l'allègement de certains critères d'accès au marché chinois.

La Chine et Hong Kong renforceront leur coopération tant pour les procédures douanières, les contrôles sanitaires et de qualité, que pour leurs échanges d'informations. Les deux parties mèneront conjointement des actions promotionnelles au niveau international.

Bien que la libéralisation ne couvre pas les mouvements des hommes et des capitaux, la Chine a mis ou mettra en place certaines mesures pour favoriser le développement du tourisme à Hong Kong et de la place financière de Hong Kong.

Dans le secteur financier, les banques à Hong Kong sont autorisées à fournir des services en RMB pour leurs clients personnes physiques. Quant aux mouvements des hommes, les habitants de certaines villes du Guangdong, de Pékin et de Shanghai sont désormais autorisés à effectuer individuellement (vs en groupe) des voyages touristiques à Hong Kong. Des mesures de politique d'immigration ont été mises en place pour introduire plus facilement des professionnels chinois à Hong Kong.

II. LES IMPACTS SUR LES ENTREPRISES ÉTRANGÈRES BASÉES À HONG KONG

Le CEPA exercera de profondes influences positives sur les entreprises hongkongaises. Celles-ci sont appréciées selon les critères précisés dans l'Annexe 5, comme les suivants :

1 – être immatriculées ou établies en conformité avec le droit des sociétés de Hong Kong, et posséder un Certificat d'enregistrement en cours de validité et, le cas échéant, la licence ou le permis requis par le droit ; et

2 – entreprendre des opérations économiques subs-

tantielles à Hong Kong, le critère de détermination étant :

- (a) la nature et l'objet des activités,
- (b) la durée d'existence d'au moins 3 ans ou plus pour certains secteurs,
- (c) le paiement des impôts sur les bénéfices conformément au droit de Hong Kong,
- (d) les bureaux ou locaux pour entreprendre les opérations substantielles,
- (e) l'emploi d'un personnel, dont plus de 50 % sont des résidents à Hong Kong qui ont le droit de séjour de durée non limitée.

Cette définition se révèle assez pragmatique et ouverte car elle repose non pas sur la nationalité des propriétaires des entreprises, mais sur la participation de celles-ci à l'activité locale.

L'Annexe 2 (« Règles d'origine pour le commerce de marchandises ») prévoit clairement les principes et critères pour déterminer l'origine des produits soumis au taux zéro des droits de douane lors de leur exportation vers la Chine :

1 – les produits entièrement obtenus à Hong Kong sont considérés comme originaire de Hong Kong.

Le traitement des produits pour les buts spécifiques tels que la transportation, l'entreposage, la délivrance et le conditionnement, qu'il soit effectué individuellement ou collectivement, est considéré comme secondaire, qui ne doit pas être pris en considération pour déterminer si ces produits sont entièrement obtenus ou pas.

2 – pour les produits qui ne sont pas entièrement obtenus à Hong Kong, ils sont considérés comme originaires de Hong Kong s'ils ont subi une transformation substantielle à Hong Kong.

Pour la détermination de la « transformation substantielle » différentes méthodes sont utilisées en fonction des catégories différentes des produits, à savoir « opérations principales de manufacture ou traitement », « changement de position tarifaire », « contenu *ad valorem* », « autres critères » ou « critères mixtes ».

Le CEPA est le premier accord bilatéral signé par Hong Kong. Un autre accord bilatéral est en cours de négociation avec la Nouvelle-Zélande. Un accord similaire a été signé entre la Chine et Macao.

La Chine et Hong Kong s'engagent à reprendre des négociations pour approfondir le CEPA. Cet engagement est important pour que Hong Kong puisse conserver sa place privilégiée sur le marché chinois (la Corée du Sud et le Japon ont manifesté leur intérêt de négocier avec la Chine). L'intégration régionale de la Chine et de l'ASEAN pourrait être accélérée.

En conclusion, négocié dans un contexte politique et économique particulier, le CEPA est un accord commercial bilatéral marqué de concessions unilatérales de la Chine, qui entend bien soutenir la prospérité et la place de plate-forme régionale que l'une de ses régions administratives spéciales a acquise dans le commerce international.

Quant aux entreprises étrangères à Hong Kong, qu'elles soient des sociétés de production, de services ou d'importation et d'exportation, elles pourront tirer profit du CEPA grâce à la définition ouverte d'entreprise hongkongaise et à celle d'origine hongkongaise. La mise en application du CEPA pourrait même conduire les entreprises étrangères à réajuster leurs stratégies d'investissement en Chine et leurs opérations commerciales avec la Chine.

法 院 杂 议

2004年7月14日至17日，总第124年第196-199期

中国法特辑之四

2004 年的 中 国 与 法 -- 迈向更完备的法制



Ambassade de France en Chine / Jérôme Chamont

法中经济法协会 主办
全法中国法律和经济协会 协办

主编：雅克-萨戈

编委：皮埃尔-伯哈、伊夫-多雷、韩小鹰、谢汉琪

*Cette édition bilingue franco-chinoise a été réalisée
avec le soutien du Ministère Français des Affaires Étrangères*

本法汉双语中国法特辑由法国外交部资助出版