



Association Franco-Chinoise pour le Droit Economique 法中经济法协会

BRÈVE INTRODUCTION AU DROIT ÉCONOMIQUE CHINOIS

Par Robert Guillaumond

Chacun admet aujourd'hui que la transformation de la Chine initiée en 1978, est, mondialement et historiquement, la transformation la plus profonde en termes d'organisation sociale et économique, la plus importante en termes de populations et de territoires concernés, et la plus frénétique en termes de rapidité, qui ait jamais été menée à bien. Et, qui plus est, elle concerne l'une des plus anciennes civilisations du monde.

Il est toutefois plus rarement souligné que le droit, et en particulier le droit des relations économiques, fut l'un des outils majeurs de cette transformation. Le fait est d'autant plus remarquable que rien, dans l'ancienne et importante tradition juridique chinoise, ne prédisposait à ce qu'il en fût ainsi, et que cela ne put se faire que par l'effet d'une évolution du droit chinois, entamée de manière très hésitante à la toute fin du XIX^e siècle, puis poursuivie, à marche forcée, à compter de 1978.

Avant le début de cet effort de modernisation, et pendant 2000 ans, soit jusqu'à la fin du XIX^e siècle et la chute de la Chine impériale (1911), la tradition juridique chinoise s'exprime par une multiplicité de lois codifiées¹ de nature essentiellement administrative et répressive, et, en matière civile et commerciale², par la prééminence de sources coutumières.

À la différence du droit romano-germanique, cette tradition n'est le fruit ni de la démocratie athénienne, ni du rationalisme romain, ni de la pensée judéo-chrétienne, ni de l'individualisme des Lumières.

La tradition juridique chinoise est le fruit de la conjonction de plusieurs écoles de pensée qui nous sont étrangères et dont deux sont reconnues comme essentielles : l'Ecole des Légistes qui affirme le rôle d'un droit écrit supposé connu de tous et devant être respecté, au besoin par la force de la sanction ; l'Ecole de Confucius (ou plus généralement l'Ecole des Rites) qui croit en la force de l'ordre moral et des conventions sociales.

Pendant vingt siècles, l'influence de l'une de ces Ecoles domine l'autre, ou se combine à l'autre, sans que, jamais, ni la conception de la loi, ni celle du contrat, ni celle des droits individuels ou des libertés publiques, ne soient ce que ces concepts furent en Occident.

Les premiers signes d'une transformation de ce droit sont, à l'aune de cette histoire plurimillénaire, récents.

Ils interviennent à la fin du XIX^e siècle lorsque la Chine impériale expire peu à peu dans l'humiliation des Traités Inégaux qui lui sont imposés par les puissances occidentales (la guerre de l'Opium), la Russie et le Japon, soucieuses d'ouvrir les ports chinois pour faire commerce forcé en Chine et avec la Chine.

La Chine impériale s'effondre en 1911 au profit de l'éphémère République de Chine.

À cette date, impressionnée par la modernisation institutionnelle, économique, et sociale du Japon, mise en œuvre par l'Empereur Meiji (avènement en 1868) et dont la force trouve son expression dans la guerre russo-japonaise remportée par le Japon en 1905, la Chine abandonne ses institutions ancestrales d'existence millénaire et entame le long chemin d'une modernisation institutionnelle qui mène à l'époque contemporaine.

Ce chemin sera chaotique, discontinu, incertain, marqué au cours de la première moitié du XX^e siècle par l'affrontement des seigneurs de guerre, la domination militaire du Japon (1931-1945), les rivalités du Guomindang et du Parti communiste chinois, celui-ci triomphant et établissant en 1949 la République Populaire de Chine.

Pendant toute cette période, les institutions chinoises sont incertaines. Mais s'affirme peu à peu, non sans difficulté, la présence d'un droit dont la modernisation va s'affirmer de manière remarquable à partir de 1978, après une période étonnante pendant laquelle, de 1956 à 1976 (les « vingt années perdues » dont dix années de révolution culturelle), la Chine va connaître l'utopie d'une société sans droit ni justice, internationalement isolée, intellectuellement et économiquement appauvrie.

Cette modernisation du droit chinois est substantiellement liée au phénomène de mondialisation qui se met en place au cours des années 1970, à tel point que l'on peut affirmer que la mondialisation sans la modernisation chinoise ne serait pas ce qu'elle est, et qu'il en serait de même de la modernisation de la Chine hors du contexte de la mondialisation.

Et elle intervient, pour ce qui concerne le droit économique chinois, en deux vagues successives qui correspondent à deux moments clés de la modernisation de l'économie chinoise, et, en particulier, de l'ouverture internationale de cette économie.

À l'initiative de Deng Xiaoping, son nouveau maître, la Chine met en place, à compter de 1978, sa politique dite « de réforme et d'ouverture », c'est-à-dire de réforme institutionnelle et d'ouverture au monde.

La Chine réforme ses institutions, adoptant une nouvelle Constitution (1982), ressuscitant (en 1979) tribunaux, juges, procureurs, avocats et notaires, et reprenant sa place au sein de diverses institutions internationales (en particulier le FMI et la Banque Mondiale en 1980 ; et, en 1986, le GATT dont il faut rappeler que la Chine fut, en octobre 1947, l'un des 23 États fondateurs).

En même temps, la Chine ouvre ses frontières aux marchandises, services, capitaux étrangers, ainsi qu'aux idées, notamment capitalistes.

Aux fins de cette politique d'ouverture au monde, la Chine définit un système d'accueil des investissements étrangers (lois sur les entreprises sino-étrangères ou étrangères de 1979 et 1986) et introduit, à partir de 1980, le système de zonage qui sera l'une des bases de son développement économique, notamment à Shenzhen, qui n'est alors qu'un village de pêcheurs, aujourd'hui devenu un gigantesque centre mondial des industries innovantes.

Pendant la même période, la Chine définit un droit des obligations et de la responsabilité au sein de Principes généraux du Code Civil (1986).

Elle adopte diverses lois sur les contrats économiques internes et internationaux ou technologiques (de 1981 à 1986), des lois en matière de propriété intellectuelle (de 1982 à 1990). Elle ratifie les conventions internationales essentielles du droit des affaires : en matière de propriété intellectuelle, d'arbitrage commercial international (Convention de New-York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères), d'investissement (Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissant d'autres États).

En d'autres termes, elle intègre dans son droit les règles du jeu du commerce international et de l'investissement international et elle couronne cette première phase en intégrant constitutionnellement (en 1993) cette évolution, définissant, dans sa loi fondamentale, son économie comme une « économie socialiste de marché », puis en signant, en 1994, les accords de Marrakech (Acte final de l'Uruguay Round du GATT) créateurs de l'Organisation Mondiale du Commerce à laquelle elle accède le 11 décembre 2001 après quinze années de négociation commencées en 1986 dans le cadre du GATT.

L'accession de la Chine à l'OMC en 2001 est le moteur de la deuxième vague créatrice du droit économique chinois contemporain.

Le principe de cette accession fut intensément discuté au sein du pouvoir politique chinois, et les modalités de cette accession furent non moins intensément discutées par la Chine durant quinze années avec, en particulier, les États-Unis, l'Union Européenne, et le Japon.

Les mesures figurant dans les pléthoriques Protocoles d'accession ont pour objet et pour effet d'intégrer plus complètement la Chine dans les échanges de l'économie mondiale et, tout autant, d'accentuer la libéralisation de l'économie chinoise. Cela amène la Chine à reconnaître, en 1999, un droit des citoyens à l'initiative économique individuelle ainsi que, en 2004, la propriété privée au même rang que la propriété d'État et la propriété collective.

Afin de se mettre en accord avec les règles résultant des Protocoles d'accession à l'OMC, la Chine adopte 150 lois, des milliers de textes réglementaires, et révisé près de 200.000 règlements, règles et politiques locales des provinces, régions autonomes, municipalités et villes importantes.

Au terme de cette évolution, la Chine dispose d'un système judiciaire complet composé d'environ 3.600 tribunaux auprès desquels s'activent 400.000 juges et procureurs, ainsi que d'un réseau dense d'avocats (400.000), de notaires (120.000). Elle dispose également d'environ 200 institutions d'arbitrage dont trois d'entre-elles disposent d'une activité réellement internationale.

Son corpus de droit est complet. Il comporte une constitution remaniée à cinq reprises depuis son édicition en 1982, un grand nombre de conventions internationales, un petit nombre de lois (moins de 300), un grand nombre de règlements centraux (émanant des ministères) ou locaux (émanant des assemblées locales). Enfin, une loi de valeur quasi constitutionnelle (loi sur la législation du 15 mars 2000) s'efforce d'ordonner le tout en définissant une hiérarchie des normes, sans toutefois que cette hiérarchie soit suffisamment précise (notamment pour ce qui concerne la force juridique des traités internationaux qui reste très incertaine), ni aisément respectée.

Comment le droit économique chinois se caractérise-t-il ?

Retenons, pour simplifier, trois idées.

La première tient aux modalités mêmes qui furent retenues par la Chine aux fins de l'élaboration accélérée de son système juridique.

En 1978, la page du droit économique chinois est blanche, vierge de tout texte, à l'exception de la réglementation relative à la collectivisation de l'agriculture, de l'industrie, des services selon un mode emprunté, à partir de 1949, aux règles et méthodes en vigueur en U.R.S.S.

Le mot d'ordre est alors, en 1978, de construire une nouvelle légalité fondée, selon le propos de Deng Xiaoping, sur « un ensemble large et complet de lois faisant autorité et constamment appliquées ».

La Chine procède alors, pour son droit, comme elle le fait pour son industrie, en s'efforçant d'adapter, sur son territoire, les règles qui marchent ailleurs, et notamment en Occident dont la Chine veut se rapprocher.

Elle emprunte au droit allemand une large partie de ses Principes généraux du Code Civil, du droit des sociétés et du droit de la propriété intellectuelle ; les lois sur les contrats sont influencées par la tradition romano-germanique et la tradition de Common Law ; le droit qui organise le contrôle des actes de l'administration est inspiré par le droit fédéral américain ; la loi sur l'arbitrage est une copie presque conforme de la loi-type proposée par la Commission des Nations-Unies pour le Commerce International (CNUDCI) ; etc.³

Ainsi que le précise le Livre Blanc sur la légalité, publié en 2008 par le gouvernement chinois (bureau de presse du Conseil des affaires de l'État), la Chine manifeste ainsi sa volonté de s'intégrer au monde des affaires en « adoptant les institutions essentielles en droit commun et en droit continental, assimilant l'esprit du droit international privé et les principes législatifs reconnus par la communauté internationale ».

Ceci explique que la lecture de ce droit ne désarçonne pas un juriste occidental.

La seconde caractéristique du droit chinois est son pragmatisme assumé : la loi est, avant tout, instrument d'autorité.

La structure de gouvernance de la Chine est dominée par le Parti communiste chinois⁴, qui est régi par sa propre charte et non par un quelconque texte légal ou réglementaire. Son rôle directorial s'exprime à tous les échelons du pays, du sommet de l'État jusqu'à ses divisions inférieures, et par l'intermédiaire de toutes les organisations administratives, économiques ou sociales.

La fabrication des lois les plus importantes est programmée lors des Congrès du Pcc réunis tous les cinq ans, et ces lois sont ensuite adoptées par l'Assemblée Populaire Nationale.

Dans ce contexte, la loi -et le droit en général- est l'expression de l'autorité de l'État, et non l'expression de valeurs, ni l'instrument de la limitation ou du contrôle des pouvoirs, et ce quoique la Constitution chinoise prescrive que nulle personne, entité ou parti politique, soit dispensé de respecter la loi (Constitution - article 5).

Ces lois, dont le contenu est généralement sobre et exprimé en termes très généraux, sont ensuite explicitées, et éventuellement complétées, à différents niveaux, par le gouvernement chinois (Conseil des affaires de l'État, instances notamment ministérielles dépendant de ce Conseil), la Cour Suprême, mais également et, en principe aux seules fins d'adaptation aux circonstances locales, par les gouvernements locaux des provinces, régions autonomes et municipalités importantes.

Toutes ces autorités⁵ émettent des prescriptions dont la dénomination varie et qu'il est souvent difficile de situer dans une hiérarchie normative ou réglementaire : pour coller aux exigences d'une vie économique en mouvement, ces autorités édictent en effet des réglementations intérimaires, provisoires, expérimentales, « à l'essai », pour des périodes de temps non toujours déterminées, et qui ne sont pas toujours rapportées.

Enfin, l'importance de ce phénomène de diversité réglementaire est accentuée par le fait que la Chine a, aux fins de son développement, largement pratiqué un système de zonage (zones franches, zone de développement économique, villes côtières, etc.), édictant en faveur de ces zones des mesures particulières et dérogatoires en matière juridique, fiscale, financière, douanière.

Ceci explique d'une part la structure du droit chinois, caractérisée par le déséquilibre existant entre un petit nombre de lois et un grand nombre de règlements et, d'autre part, et surtout, le fait que l'organisation juridique de la Chine, malgré une apparence tout à fait lisible et ordinaire (une Constitution, des lois et de règlements), n'offre pas toujours aux opérateurs, et notamment aux opérateurs étrangers, une grande simplicité d'interprétation.

Ceci explique également que, si ce système a permis à la Chine de se transformer rapidement et de s'adapter aux exigences de la mondialisation, malgré l'immensité de ses territoires, la diversité de leurs niveaux de développement et, quelquefois, de leurs populations, l'état du droit positif chinois ne soit pas aisément prévisible.

La troisième caractéristique du droit chinois peut être exprimée comme suit.

De Deng Xiaoping (en 1978) à Xi Jinping (actuel maître de la Chine), la Chine n'a cessé d'affirmer le rôle central du droit (et, en particulier, de la Constitution et de la loi) dans la gouvernance de la Chine.

Cette exigence est inscrite, depuis le 15 mars 1999, dans l'article 5 alinéa 1^{er} de la Constitution du 4 décembre 1982 : « La République Populaire de Chine gouverne le pays selon **la loi** et la Chine est un pays **socialiste gouverné par la loi** ».

Pour autant, le droit n'est pas souverain en Chine pour les raisons suivantes :

En premier lieu, et comme indiqué ci-dessus, la gouvernance de la Chine est dominée par le Pcc qui est régi par ses propres règles et non par un quelconque texte législatif ou réglementaire.

En second lieu, les administrations chinoises sont pléthoriques, puissantes, représentées à tous les échelons de l'organisation chinoise. Elles disposent de pouvoirs spécifiques importants et, malgré l'existence de lois ayant pour objet le contrôle des actes de ces administrations, le contrôle effectif de celles-ci n'est pas très significatif.

En troisième lieu, l'économie chinoise est (selon l'expression constitutionnellement adoptée par la Chine en 1993), une « économie socialiste de marché », caractérisée par l'importance du dirigisme économique des administrations et le poids des entreprises publiques (entreprises d'État et entreprises de propriété collective et notamment des banques et institutions financières) dont la préoccupation principale n'est pas le respect du droit.

En quatrième lieu, ni les tribunaux chinois, ni les institutions d'arbitrage, ne sont réellement les arbitres des conflits de droits ou de personnes.

La Chine dispose d'un système judiciaire très développé, comportant une Cour Suprême et environ 3.600 tribunaux au sein desquels s'activent plus de 400.000 juges et procureurs.

À la différence toutefois des systèmes juridiques occidentaux, les juges ne sont ni arbitres, ni ordonnateurs de la vie juridique chinoise.

Cette situation a des causes multiples :

- Une cause de **nature constitutionnelle**, dans la mesure où l'organisation constitutionnelle chinoise n'est pas fondée sur le principe de séparation des pouvoirs théorisé par Montesquieu, mais sur le principe du pouvoir unique du peuple (article 2 de la Constitution).
- Une cause de **nature organique**, dans la mesure où, malgré des dispositions constitutionnelles qui consacrent le fait que juges et procureurs « exercent leurs fonctions de manière indépendante », ceux-ci sont des fonctionnaires un peu particuliers et non des magistrats. Leur indépendance fonctionnelle est affectée par la dépendance envers les assemblées (y compris locales) qui contrôlent la nomination

des juges et procureurs ainsi que les budgets des tribunaux, et elle est plus encore affectée par l'organisation au sein des tribunaux, des « collèges judiciaires » fonctionnant selon le principe du centralisme démocratique et la présence, à chaque niveau juridictionnel, de la Commission politique et juridique du Parti communiste chinois.

- Une cause de **nature procédurale**, qui tient à un ensemble de règles particulières relatives à la définition des compétences juridictionnelles, et à des mécanismes d'acceptation des affaires (en droit français, on parle de « recevabilité ») qui relèvent d'un certain arbitraire.
- Une cause de **nature culturelle** qui fait qu'en Chine le procès n'est pas le « berceau du droit ».

Ces tribunaux sont très sollicités, et rendent un grand nombre de décisions mais ils rendent, par voie de jugement ou de médiation, des décisions plus que la justice.

Ces décisions ne participent pas réellement à la construction du droit, soit qu'elles soient d'une juridicité incertaine, soit qu'il n'existe aucune institution juridictionnelle (la Cour Suprême n'est pas une Cour de Cassation) en charge de l'unité et de l'application du droit produit par les tribunaux.

- Une cause de **nature pratique** dans la mesure où, du fait du monde sans droit que fut la Chine pendant la période de Révolution Culturelle (1966 – 1976), les tribunaux chinois furent longtemps peuplés de militaires, ingénieurs ou comptables, plus que de juristes, ceux-ci n'occupant une place désormais largement majoritaire que depuis quelques années.



Le droit économique chinois existe et, en Chine, il joue un rôle majeur. Il est le fruit d'un processus de longue durée, qui reste à l'œuvre. Dès lors, se pose la question de savoir où va ce processus.

Proposons quatre idées.

En premier lieu, on peut rappeler que, contrairement à ce que certains ont pu croire et/ou affirmer, l'économie de marché, si elle exige, pour fonctionner, un ensemble stable et cohérent de règles juridiques, peut fort bien s'accommoder d'États non assimilables à des États de droit, et en particulier d'États de forme autoritaire (ex: Singapour, Arabie Saoudite). On ne peut dès lors inférer que l'accroissement en Chine, de la part de l'économie de marché au sein de « l'économie socialiste de marché », poussera la transformation de la Chine vers un « État de droit », au sens que l'on retient d'ordinaire de ce terme en Occident.

En second lieu, et de manière plus positive, il faut avoir attention au fait que les cadres dirigeants de la RPC sont désormais plus fréquemment spécialistes de sciences humaines,

et notamment juristes, quelquefois formés en occident, plutôt qu'ingénieurs ou militaires formés en U.R.S.S. comme lors des précédentes décennies.

Cela est vrai de Xi Jinping lui-même, diplômé en droit de Tsinghua University, du premier ministre Li Keqiang, maître en droit et docteur en économie de l'Université de Pékin, et de l'un des membres récemment promus au bureau politique du Pcc, WANG Huning, juriste théoricien du droit, ancien doyen d'une importante Faculté de droit.

En troisième lieu, il faut relever que la Chine émet depuis plusieurs années des signaux contradictoires relatifs à l'évolution du statut de ses tribunaux, juges et procureurs.

En 2013, le Pcc a brutalement interrompu le débat relatif à la constitutionnalisation du droit Chinois⁶ et qui donnait lieu à une certaine animation académique.

Peu après, le Pcc adoptait le principe d'une évolution de la situation des juges et tribunaux, dans le sens d'une plus grande indépendance fonctionnelle des tribunaux envers les assemblées et gouvernements locaux, et la Cour Suprême de Chine commençait à en tirer les conséquences aux termes d'un plan de « réforme des tribunaux populaires ».

Cependant, à l'occasion de la réforme constitutionnelle intervenue en mars 2018, une Commission administrative de la Supervision a été créée, et dont le rôle reste à définir, qui emprunte une partie de ses pouvoirs à l'exécutif et une partie à la compétence des parquets en ce qui concerne le contrôle d'éventuelles fautes commises dans l'exercice de fonctions publiques.

En quatrième lieu, la Chine s'est donnée à elle-même, depuis 2013, un défi en lançant son initiative des Nouvelles routes de la soie dont l'un des objectifs est de mettre en œuvre une politique d'expansion internationale et de participer à l'émergence d'une nouvelle ère de la mondialisation « aux caractéristiques chinoises ».

En d'autres termes, la Chine entend désormais participer à la définition même des règles du jeu des échanges internationaux mondialisés alors que, depuis 40 ans, elle intégrait, pour moderniser son droit, des règles venues d'ailleurs.

Sur le plan juridique, cette initiative s'est traduite par l'extension du rôle de la CIETAC, qui est la plus importante institution d'arbitrage international de Chine, et qui s'est dotée en 2017 d'un règlement d'arbitrage en matière d'investissements.

De manière plus significative encore, la Cour Suprême de Chine a installé en 2018, à Xian et Shenzhen, deux institutions originales de règlement des différends économiques internationaux les plus importants liés aux Nouvelles routes de la soie et dont elle souhaite qu'elles puissent jouer un rôle actif en matière de droit économique international⁷.

En créant ces outils, la Chine s'est mise au pied du mur dans la mesure où ces outils ne lui permettront de peser sur la définition des règles du jeu du commerce et de l'investissement internationaux que si les opérateurs étrangers leur accordent confiance, ce qui suppose que ces outils fonctionnent de manière libre et indépendante.

Robert Guillaumond est avocat au barreau de Paris, co-fondateur en 1969 du cabinet ADAMAS, et spécialiste des affaires avec la Chine qu'il pratique depuis 25 ans.

Il est le créateur, en 1992, des bureaux d'ADAMAS en Chine dont il fut, pendant de nombreuses années, l'animateur principal.

Il est l'auteur :

- (en collaboration avec Xie Zhao Hua) du premier Code Chinois du droit des affaires (publié en langue française) (LARCIER – Éditeur – Volume I – 1995 ; Volume II – 1996) ;
- de diverses autres publications sur le droit chinois (Droit de l'environnement en Chine et L'arbitrage en Chine, Édition ADAMAS – 1999 et 2002) ;
- d'un manuel de Droit chinois des Affaires (en collaboration avec LU Jianping et LI Bin).

Robert Guillaumond a en outre assumé, avec Mireille Delmas-Marty, la direction de l'ouvrage : « La Constitutionnalisation du droit en Chine et en France » - A. Pedone - 2017.

Il est membre de l'American Bar Association (ABA), de l'Association Franco-Chinoise de Droit Économique (AFCDE), de l'Association Internationale de Droit Économique (AIDE), de Comité Français d'Arbitrage, et de l'Association Française d'Arbitrage (AFA).

Robert Guillaumond est spécialiste de droit économique et de relations internationales, Docteur en droit de l'Université de Lyon (1970) et diplômé de sciences politiques.

Robert Guillaumond est président de l'Association Franco-Chinoise pour le Droit Économique depuis février 2017.

NOTES

¹ Les plus connus : Code des Qin (deux siècles avant J.C.), Code des Neuf lois de la Dynastie Han, Code de la Dynastie Sui, Code des Ming, Code des Qing (1646 après J.C.)

² Voir Olivier Beydon, « Introduction à la pensée juridique chinoise » – LARCIER – 2015.

³ Voir Hélène Picquet, « La Chine au carrefour des traditions juridiques » – BRUYLANT – 2011.

⁴ L'article 36 de la Constitution chinoise a été révisé en mars 2018 pour introduire la mention selon laquelle « le leadership du Pcc est le caractère le plus essentiel du système socialiste ».

⁵ Afin d'apprécier à sa juste mesure ce dispositif réglementaire, il peut être utile de rappeler que la division administration de la Chine est la suivante :

- 2 régions administratives spéciales (Hong Kong et Macao) ;
- 4 municipalités soumises directement au Gouvernement Central (Pékin, Shanghai, Tianjin, Chongqing) ;

-
- 5 régions autonomes (Mongolie intérieure, Ningxia Hui, Guangxi Zhuang, Xinjiang Uygur, Tibet) ;
 - 23 provinces ;

le tout étant découpé en districts, municipalités (environ 700), cantons, dotés d'assemblées populaires locales et de gouvernements locaux disposant d'un certain pouvoir réglementaire.

⁶ Voir Hélène Picquet : « *Le rêve chinois en question : le débat sur le constitutionnalisme en Chine* » - Revue française de droit constitutionnel, 98, 2014 (p. 389 - 411) et, François Bougon : « Dans la tête de XI Jinping » - ACTES SUD – 2017.

⁷ Voir les articles de Robert Guillaumond, LI Bin et Walid Ben Hamida, à paraître dans la Revue de Droit des Affaires Internationales au 1^{er} semestre 2019 (www.iblj.com).