

Les Juristes chinois dans la mondialisation, à l'heure des Nouvelles Routes de la Soie

R. Guillaumond*
(décembre 2019)

** Docteur en droit, avocat au barreau de Paris, co-fondateur du cabinet ADAMAS (www.adamaslawfirm.com) (Consulté le 20 décembre 2019) et créateur, en 1992, des bureaux d'ADAMAS en Chine dont il fut, pendant de nombreuses années, l'animateur principal. Robert Guillaumond assume, à l'heure actuelle, la présidence de l'Association Franco-Chinoise pour le Droit Économique (site : <http://www.droitfrancechine.org> (Consulté le 20 décembre 2019)).*



Il y a 40 ans, à l'initiative de DENG Xiaoping, la Chine met en place sa politique « de réforme et d'ouverture », c'est-à-dire de réforme institutionnelle et d'ouverture au monde, et elle y procède en parfait synchronisme, d'une part, avec la montée en puissance des innovations technologiques de l'ère numérique, et, d'autre part, avec les politiques économiques libérales qu'adopte, pendant la même période, le reste du monde.

De l'ensemble de ces innovations technologiques et de ces politiques, résultent l'intégration très complète des principales économies mondiales que nous connaissons aujourd'hui et la mise en place de chaînes de production de biens et de services, et de chaînes de valeur, réellement internationales dans lesquelles les entreprises chinoises occupent, en Chine, et hors de Chine, une place importante.

Dès son origine, puis ensuite de manière constante, la « politique de réforme » impulsée en Chine affirme, en rupture totale avec la politique de déperissement du droit suivie à l'initiative de MAO Zedong au cours des vingt années précédentes, le caractère indispensable du rôle du droit et la nécessité de l'autorité de la loi, ce que la réforme constitutionnelle intervenue en 1999 vient spectaculairement confirmer en ajoutant, dans l'article 5 de la Constitution adoptée le 4 décembre 1982, un nouvel alinéa 1^{er} édictant que la République Populaire de Chine gouverne le pays selon la loi et que la Chine est un pays socialiste gouverné par la loi.

Et, de fait, le droit fut et reste l'un des outils majeurs¹ de la transformation de l'organisation sociale et économique de la Chine, qui fut, en termes de populations, de territoires, de profondeur et de rapidité, l'une des transformations les plus **importantes** jamais menées dans l'histoire du monde.

L'outil du droit fut ainsi mis au service de l'ouverture de la Chine au monde, la Chine adoptant un grand nombre de lois nécessaires à l'accueil des investisseurs étrangers et ratifiant rapidement un grand nombre de Conventions internationales : en particulier, d'une part en 1993, la Convention de Washington (Convention sur le règlement des

différents en matière d'investissements), puis en 1994, les Accords de Marrakech (Acte final de l'Uruguay Round du GATT) créateur de l'organisation mondiale du commerce, et, d'autre part, en 1997 et 1998, les deux pactes des Nations-Unies sur les droits de l'homme de 1966 (le pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, ratifié en 2001 et le pacte international sur les droits civils et politiques, non ratifié à la date de ce jour).

Cette transformation de la Chine fut, pour ce pays, un grand succès permettant à 500 ou 600 millions de chinois de sortir de la pauvreté, à 200 ou 300 millions d'entre-eux de constituer une classe moyenne jusqu'alors inexistante, de donner à cette classe moyenne un niveau de vie équivalent à celui de la Grèce ou du Portugal, et de constituer une économie dont la part dans le PIB mondial a été multipliée par cinq en quarante ans. Cette économie est désormais l'une des premières au monde, et elle figure en bon rang parmi les économies faisant la part belle à l'innovation.

Au cours de ce processus, deux évènements politiques majeurs furent particulièrement importants.

Le premier est, dans le processus de modernisation qui est alors à l'œuvre en Chine, la cassure représentée en juin 1989 par les évènements de la place Tiananmen. Cette cassure mit en suspens le mouvement de libération de la pensée ayant suivi, en 1976, la mort de MAO et vint contredire les espérances de libéralisation de la vie publique chinoise que les plus optimistes fondaient sur l'existence d'un lien nécessaire, voire, pour certains mécanique, entre la transformation libérale de la société et la transformation libérale de son économie initiée par DENG en 1978, la première devant être la conséquence de la seconde.

Le second évènement est constitué par le long processus (15 années) d'accession de la Chine à l'Organisation Mondiale du Commerce qui permit à la Chine d'accentuer sa modernisation. Dans le Protocole d'accession de la Chine à l'OMC, entré en vigueur en décembre 2001, la Chine prend des engagements en matière juridique et ces engagements se traduisent par une réforme très importante du corpus du droit économique chinois : en particulier, la reconnaissance constitutionnelle en 1999 du droit de tous à l'initiative économique individuelle (le droit d'entreprendre) et, en 2004, l'affirmation de la propriété privée au même rang que la propriété d'État et la propriété collective. De manière plus générale, l'accession à l'OMC permet à la Chine d'intégrer profondément son économie au sein de l'économie mondiale, en particulier par l'abaissement d'un grand nombre de barrières douanières et de barrières non tarifaires.

Ces deux évènements ne sont pas sans liens, non que l'un soit le résultat de l'autre, mais en ce sens que, dans l'un et l'autre cas, fut en question la libéralisation, c'est-à-dire l'ouverture économique et politique, de la société chinoise et tout particulièrement la question des libertés publiques en Chine.

Ce fait est une évidence qui reste présente à l'esprit pour les évènements de juin 1989 à Pékin.

Le même fait est moins connu, et en tout cas aujourd'hui largement oublié, pour ce qui concerne les débats liés à l'accèsion de la Chine à l'OMC, dont les termes méritent d'être rappelés.

Dès 1980, la Chine avait renoué avec la communauté internationale des affaires en retrouvant un siège dans diverses instances internationales à la création desquelles elle avait d'ailleurs participé avant la naissance, en 1949, de la République Populaire de Chine : le FMI et la Banque Mondiale en 1980, puis, six années plus tard, en reprenant sa place au GATT, ancêtre de l'OMC.

Au sein du GATT, comme ultérieurement au sein de l'OMC, les questions posées par l'adhésion de la Chine concernaient principalement l'adéquation, et les modalités de cette adéquation, d'une économie chinoise dirigée, centralisée, et largement publique avec les principes d'une économie mondiale d'esprit libéral, largement privée, et en voie d'ouverture généralisée.

Les discussions entamées à ce propos dès 1987 furent interrompues en juin 1989 à la suite des événements de Pékin. Elles ne reprurent qu'à la suite de la réaffirmation par DENG Xiaoping lui-même², en janvier et février 1992, lors de son fameux voyage dans le Sud de la Chine, de l'actualité de la politique de réforme et d'ouverture, réaffirmation bientôt suivie et confirmée en 1993 par une réforme constitutionnelle consacrant l'économie chinoise comme une « économie socialiste de marché ».

À cette date, la Chine n'était pas encore la grande puissance économique qu'elle est devenue aujourd'hui, mais elle avait créé suffisamment de liens avec le reste du monde pour qu'il apparaisse qu'elle deviendrait rapidement la puissance qu'elle est devenue.

Et la question que posait la Chine au reste du monde était évidemment de savoir ce que serait cet État puissant. Serait-il, dans l'ordre international, un partenaire politique et économique fiable respectueux de règles du jeu jusqu'alors largement déterminées par les puissances occidentales ? Et serait-il, dans l'ordre interne, un État respectueux des libertés, parmi lesquelles la liberté d'entreprendre, et plus encore un État respectueux des libertés publiques et des droits de l'homme.

À cette date, et à la différence de la situation qui prévaut aujourd'hui, ces questions étaient fréquemment liées, les puissances occidentales considérant que l'accès des pays émergents aux bienfaits et bénéfices de l'économie mondiale pouvait, voire devait, être conditionné par l'adoption de tout ou partie des règles en vigueur dans les démocraties libérales, et, en particulier de règles protectrices des libertés publiques.

Dans ce même esprit, les États-Unis avaient adopté et maintenaient en vigueur une réglementation du commerce international, issue de la guerre froide, imposant un traitement discriminatoire envers les émanations des pays communistes.

Dans sa thèse consacrée à l'Accession de la République Populaire de Chine à l'OMC, Leïla Choukroune illustre cette problématique en rappelant ce que fut le débat qui agita le Congrès des États-Unis d'Amérique à propos de la Chine :

« La question était en effet de savoir si une plus grande intégration de la Chine dans l'économie internationale participerait à l'instauration d'une modernité politique chinoise réceptive aux idées de démocratie, de libertés fondamentales et d'État de droit. Ainsi, un des Représentants au Congrès argumentait, à la veille de la signature de l'Accord bilatéral sino-américain, que l'augmentation des échanges commerciaux « encouragerait le développement de politiques favorables à la liberté individuelle et à l'État de droit permettant ainsi au respect des droits de l'homme de finalement s'épanouir en Chine ».³

Les liens évoqués entre liberté du commerce international et libertés publiques étaient alors énoncés de manière assez simple, voire simpliste : le monde pouvait-il faire confiance à la Chine, notamment quant au respect des engagements qu'elle acceptait de prendre ? Dans l'affirmative, l'accession de la Chine à l'OMC pouvait-elle avoir des conséquences économiques favorables pour le reste du monde ? Et pouvait-elle également avoir des conséquences d'ordre politique de nature à favoriser l'émergence, en Chine, d'un État de droit ?

De manière exceptionnelle et très remarquable, le Protocole d'accession de la Chine à l'OMC, adopté par l'OMC le 10 novembre 2001, porte la marque de ces débats. Au côté des mesures habituelles en matière de liberté du commerce et de levée des barrières tarifaires et non tarifaires, le Protocole prend note que la Chine entreprendra une réforme de son droit économique et de ses tribunaux aux fins d'assurer la transparence de son système d'élaboration de ses lois et règlements, leur publication, l'uniformisation de leur application sur l'ensemble de son territoire, en particulier par l'intermédiaire de tribunaux « impartiaux et indépendants » devant lesquels les parties en litige disposeront d'une possibilité d'appel⁴.

En conséquence de ce Protocole d'accession, la Chine intégrera en partie la préoccupation de ses interlocuteurs occidentaux et modifiera un très grand nombre de ses lois et règlements.

En particulier elle adoptera, le 15 mars 2000, une loi sur la législation, de valeur quasi-constitutionnelle, pour définir la répartition des pouvoirs normatifs chinois, la hiérarchie des normes juridiques, leur interprétation, et la publicité des textes normatifs.

Le 14 mars 2004, la Chine modifiera, pour la quatrième fois depuis 1982, sa Constitution, y ajoutant la disposition selon laquelle « l'État respecte et protège les droits de l'homme » (article 33 alinéa 3).

Le 30 juin 2001, puis en janvier 2002, la Chine modifiera, aux fins d'une meilleure professionnalisation, les modalités de recrutement et d'avancement des juges et procureurs, qu'elle avait fixées en 1995, et, le 31 octobre 2006, elle modifiera l'organisation de ses tribunaux aux fins d'une meilleure efficacité du travail juridictionnel.

Et la Chine fera de même en 2002 pour ce qui concerne le recrutement des avocats, passés, entretemps, par l'effet d'une loi de 1996 révisé en 2001, du statut de travailleur de l'État au statut de travailleur juridique « au service de la société ».

Depuis, près de vingt ans se sont écoulés. Quel bilan peut-on dresser ?

La Chine dispose, depuis dix ans, d'un corps complet de règles de droit : une Constitution, édictée en 1982 et modifiée, depuis cette date, à cinq reprises, dont en 2018 pour la dernière fois ; un petit nombre de lois (moins de 300), modifiées à de nombreuses reprises, et un très grand nombre de règlements centraux émanant des ministères, et de règlements locaux émanant de multiples assemblées locales ; un grand nombre de ratifications de conventions internationales, couvrant tout le champ des relations internationales ; et, pour tenter d'organiser cet ensemble, notamment en ce qui concerne les rapports entre lois et règlements, la loi sur la législation du 15 mars 2000 évoquée ci-dessus ayant pour objet de définir une hiérarchie des pouvoirs normatifs et des normes.

Pour un juriste occidental, la lecture de ce corpus juridique est assez simple car le droit chinois est le fruit d'un métissage décomplexé réalisé dans un esprit de pragmatisme assumé, la Chine ayant reconstruit son droit par emprunt explicite à l'Occident d'un certain nombre de ses textes et recettes juridiques.

Pour autant, l'organisation et le fonctionnement de ce corpus ne sont pas toujours aisément lisibles ou prévisibles en raison de la multiplicité des autorités réglementaires et du caractère incertain de leur rang dans la hiérarchie normative.

De même, la Chine dispose d'un système judiciaire complet composé d'environ 3.600 cours et tribunaux auprès desquels s'activent 400.000 juges et procureurs.

Cent vingt mille notaires et 400.000 avocats exercent par ailleurs leur art.

Et deux cents institutions d'arbitrage complètent cette construction, trois ou quatre d'entre-elles disposant d'une activité réellement internationale.

Pour autant, malgré cet ensemble solidement constitué, la République Populaire de Chine n'est, pour l'heure, au rendez-vous ni de la promesse que laissait espérer, en 1978, la conversion des nouveaux dirigeants de la Chine au rôle déterminant de la loi dans la nouvelle gouvernance de la Chine⁵, ni des engagements pris par la Chine en matières juridique et juridictionnelle aux termes du Protocole de son accession à l'OMC.

Ni la Constitution, ni la loi ne sont en effet souveraines.

En République Populaire de Chine, ni la Constitution, ni la loi ne sont souveraines, et ce malgré les dispositions explicites de la Constitution (son article 5), affirmant (depuis la révision constitutionnelle de 1999) que la Chine est « un pays socialiste gouverné par la loi » et, conséquemment, qu'aucun individu, aucune entité publique ou privée, aucune organisation publique ou parti politique, n'est dispensé du respect de la Constitution et de la loi.

La raison de ce hiatus tient évidemment à la place du Parti communiste chinois (« **Pcc** ») dans la structure de gouvernance de la Chine. Le rôle dirigeant du Pcc 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, y compris les cours et tribunaux.

Ce rôle directorial a été explicitement énoncé par DENG, le père de la modernisation chinoise contemporaine, au titre des « quatre principes fondamentaux » de l'État chinois et ces quatre principes (voie socialiste, dictature du prolétariat, direction du parti communiste, marxisme léninisme et pensée Mao Zedong) ont été inscrits en 1997 dans les statuts du Pcc. Le rôle directorial de celui-ci a ensuite été consacré, en 1982, dans le Préambule de la Constitution chinoise, et, depuis la réforme constitutionnelle de mars 2018, le leadership du Pcc est inscrit dans l'une de ses premières dispositions⁶.

Or, depuis sa création, en 1921, le Pcc est régi par sa propre Charte, régulièrement modifiée lors de chaque Congrès national que le Pcc tient en principe tous les cinq ans, et si les principes fondamentaux de cette Charte précisent que « le Parti doit conduire ses activités dans le cadre de la Constitution et de lois », aucune autorité, autre qu'interne au Pcc lui-même, ne dispose de la possibilité de sanctionner d'éventuels manquements à cette obligation⁷.

Ajoutons qu'il n'existe en Chine aucun système effectif de contrôle de constitutionnalité des lois, ni aucune possibilité d'application juridictionnelle (individuelle ou collective) de la Constitution et donc que l'irrespect d'une disposition constitutionnelle (par exemple celle de l'article 5 de la Constitution disposant que nul n'est au-dessus des lois, ou celle de l'article 33 de la Constitution selon laquelle « l'État respecte et protège les droits de l'homme ») ne peut être juridiquement sanctionnée.

Ajoutons, enfin, que tout débat à ce propos est au surplus, pour l'heure, difficile, voire impossible. Le débat académique mais fondamentalement politique, relatif à l'intérêt et aux formes d'une constitutionnalisation du droit en Chine, né au sein du cercle des constitutionnalistes chinois dans les années 1990 a été interrompu brutalement en 2013, aux termes d'une décision du Pcc qui a pris la forme de deux documents, dont la directive n° 9 intitulée « Communiqué sur l'état actuel de la sphère idéologique ». Aux termes de cette décision, prise à l'orée de l'exercice du pouvoir par XI Jinping, sont condamnées idéologiquement et politiquement sept « fausses tendances, positions et activités idéologiques » au premier rang desquelles figurent la démocratie constitutionnelle occidentale, l'indépendance du pouvoir judiciaire, et la règle de séparation des pouvoirs.⁸

Un système juridictionnel peu satisfaisant.

Les engagements pris par la Chine, relatifs à l'établissement de voies de recours juridictionnels, y compris en matière de contrôle des actes administratifs, ont été globalement respectés.

En revanche, l'indépendance et l'impartialité des juges sont des valeurs qui sont loin d'être acquises dans la Chine d'aujourd'hui à raison d'un ensemble de facteurs dont les principaux tiennent au cadre constitutionnel dans lequel la justice chinoise a été construite et fonctionne.

La règle de séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire théorisée par Montesquieu, et qui sert de fondement aux organisations constitutionnelles du monde occidental, est en effet ignorée, autant que combattue, en Chine⁹.

En Chine, le pouvoir est constitutionnellement (selon l'article 2 de la Constitution) un pouvoir unifié : le pouvoir appartient au peuple, qui l'exerce par l'intermédiaire de l'Assemblée Populaire Nationale (« **APN** ») et, subsidiairement, par l'intermédiaire des assemblées populaires locales, le tout sous « la direction du Pcc, désignée comme garantie fondamentale du droit du peuple d'être maître du pays »¹⁰.

L'APN nomme et contrôle l'exécutif central (Président de la République et ministres) et les représentants de l'autorité judiciaire (juges et procureurs auprès de la Cour populaire suprême).

Les assemblées populaires locales font de même en ce qui concerne le gouvernement et les représentants de l'autorité judiciaire au niveau de leurs échelons respectifs.

Quoique des dispositions constitutionnelles consacrent le fait que juges et procureurs « exercent leurs fonctions de manière indépendante », ceux-ci sont des fonctionnaires un peu particuliers quant aux conditions de leur recrutement, mais ils ne sont pas des magistrats au sens admis en Europe Continentale, où le statut de magistrat implique un statut spécifique de recrutement, nomination, avancement ayant pour objet de garantir l'indépendance des juges. En Chine, l'indépendance fonctionnelle des juges est particulièrement affectée par leur dépendance envers les assemblées qui les nomment et peuvent les révoquer, et qui, au surplus, contrôlent les budgets des tribunaux.

En outre, le Pcc, et en particulier sa Commission politique et juridique, est représenté au sein de chaque juridiction, comme il l'est au sein de toute organisation administrative, économique et sociale de la Chine.

Dans cet univers particulier, la situation des avocats chinois n'est pas mieux garantie que celle des juges et procureurs.

Initialement considérés juridiquement comme « travailleurs de l'État », les avocats ont conquis une certaine liberté d'organisation et d'exercice qu'ils pratiquent toutefois sous la surveillance des bureaux de justice dépendant du Ministère de la justice.

Et l'on sait que la liberté de leurs actions personnelles et professionnelles est limitée comme le sont certaines libertés publiques et que toute volonté d'agir au-delà de ces limites se paie aujourd'hui au prix fort : arrestations préventives ; détentions sans procès ; longues peines de prison ; mauvais traitements ; pression sur les proches ; etc.

Quarante années après le lancement de la politique de « réforme et d'ouverture », et vingt années après les espoirs soulevés par l'accession de la Chine à l'OMC, les espoirs d'une évolution politique et juridique de la Chine vers plus de libéralisme ne sont plus d'actualité immédiate.

La Chine est devenue un État de lois et de règlements disposant d'un corpus juridique et juridictionnel conséquent.

Malgré l'affirmation, non feinte par les responsables politiques chinois, du rôle du droit, malgré l'importance acquise par le droit dans la magistrale transformation de la Chine, malgré les souhaits maintes fois affirmés d'une appropriation du droit par les citoyens chinois¹¹, la Chine s'éloigne de l'État de droit dont ont rêvé, de 1978 à 1989, certains intellectuels et responsables politiques chinois, et dont, pour la Chine, persistaient à rêver ses interlocuteurs occidentaux lorsqu'ils décidèrent d'arrimer la Chine à la mondialisation, pensant que les règles du marché pourraient être le cheval de troie du libéralisme politique au sein de la forteresse politique chinoise.

XI Jinping et le « rêve chinois ». Les Nouvelles routes de la soie.

Dans ce climat de désillusions, XI Jinping a initié, en septembre 2013, depuis l'Université Nazarbaïev d'Astana (Kazakhstan) ce qui, peu à peu, est devenue l'initiative planétaire des Nouvelles routes de la soie. Après le lancement de la politique de réforme et d'ouverture en 1978, puis après l'accession de la Chine à l'OMC (2001), cette initiative est considérée, en Chine, comme l'un des fers de lance de la troisième étape de la modernisation chinoise, « un approfondissement de la politique de réforme et d'ouverture ».

Cette initiative est une partie significative du « rêve chinois »¹². Elle a plusieurs objectifs, parmi lesquels figure le souhait, maintes fois affirmé de participer à l'élaboration d'une nouvelle phase de la mondialisation, et, en particulier, de définir et mettre en œuvre de nouvelles règles de gouvernance mondiale.

Cette initiative est profondément originale dans la mesure où elle s'adresse, de manière extrêmement plastique et flexible, aux entreprises chinoises et étrangères, ainsi qu'aux États¹³, sans imposer de cadre contraignant, et sans fournir de mode d'emploi spécifique autres que l'esprit d'un partenariat que ses promoteurs chinois affirment gagnant-gagnant.

L'initiative est également audacieuse dans la mesure où elle est appelée à inscrire sa marque sur terre, sur mer, et sur tous les continents, au sein de 60 ou 70 États, de tailles et de situations politiques, économiques, juridiques, et sociales aussi diverses que possible.

Enfin, l'importance économique de cette initiative a été maintes fois commentée. L'unité de compte des marchés d'ores et déjà conclus est de l'ordre du milliard de dollars. Cinq cents de ces marchés auraient déjà été conclus, relatifs à la construction de barrages, centrales à charbon, lignes électriques, télécommunications, oléoducs, gazoducs, ports, aéroports, transports urbains et ferroviaires, voies numériques, etc...

Cette initiative de la Chine est donc un fait politique, géopolitique, économique. Et, à raison même de cela, elle est également un fait juridique¹⁴.

Du point de vue politique, géopolitique, et économique, l'initiative a été initialement accueillie dans le monde occidental avec indifférence puis, ensuite, avec un peu d'arrogance au regard d'ambitions chinoises jugées démesurées. Mais, désormais, elle génère la crainte de voir les entreprises chinoises conquérir des marchés aux dépens des entreprises occidentales, et, tout autant, de voir s'étendre l'emprise politique de la Chine, et donc la crainte de voir la Chine accroître sa part de marché idéologique.¹⁵

En matière économique, les craintes occidentales s'alimentent aux sources de la réussite chinoise de la phase précédente de mondialisation dans les espaces qui ont été ouverts à la Chine par son accession à l'OMC.

Dans cette mondialisation, la Chine a joué sur -et gagné avec- la prodigieuse flexibilité de l'écosystème conquérant qu'elle a mis en place et dans lequel jouent un rôle majeur, d'une part, l'expansion des technologies numériques et, d'autre part, les facilités financières, qui sont les deux langages spécifiques de l'actuelle mondialisation, et qui figurent parmi les outils principaux de cette mondialisation car ils permettent de passer par-dessus toutes les différences de frontières, de langues, de structures sociales et économiques.

Dans ce rôle, la part de la technologie numérique chinoise est fondamentale. Protégés sur le territoire chinois par la « grande muraille numérique »¹⁶, instaurée par les pouvoirs publics, et assurés de l'aide financière de ceux-ci, les champions chinois de l'économie numérique (Baidu, Alibaba, Tencent...) représentent un modèle « prospectif » qui se caractérise par une faculté exceptionnelle d'innovations, et d'agrégation des innovations les plus diverses.

Que l'on songe en particulier à Alibaba, entreprise chinoise championne du e-commerce, mais également acteur majeur (4^e mondial) du cloud computing, de la finance en ligne (via sa filiale ANT Financial) et du paiement en ligne via son système Alipay.

Et que l'on songe également à la situation désormais notoire de Huawei, cette entreprise si controversée, qui, selon l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (« OMPI »), a déposé, en 2018, 5405 demandes internationales de brevets, soit presque autant, pour la même période que tous les déposants français (représentant ensemble 7914 demandes).¹⁷

Néo-colbertisme et géoéconomisme,¹⁸ aux caractéristiques chinoises.

Si l'on considère l'importance prise, dans la mondialisation, par les entreprises chinoises, on ne peut manquer de souligner le rôle majeur de l'État chinois, notamment par l'intermédiaire de ses grandes entreprises publiques, mais, également, par voie de conséquence, le manque de discernement qui fut, lors des négociations d'accession de la RPC à l'OMC, celui des autorités occidentales quant au rôle que pouvait avoir l'État chinois dans le développement de son économie.

Convertis à l'idée de la suprématie, jugée définitive, et aux vertus, estimées sans limites, du libéralisme économique depuis l'effondrement de l'Union Soviétique, ni les États-Unis, ni l'Union Européenne, ni le Japon d'ailleurs, ne semblent, en particulier lors du processus d'accession de la Chine à l'OMC, avoir mesuré les risques que pouvaient représenter, pour leurs entreprises, les possibilités d'expansion du néo-colbertisme à la chinoise qui s'est mis en place de manière très efficace au cours des quinze dernières années par l'alliance d'entreprises privées subventionnées et d'entreprises publiques aidées, agissant sous la direction d'une autorité politique familière des rapports de force et des enjeux stratégiques.

De manière remarquable, le Protocole d'accession de la Chine à l'OMC ne contient que quelques mentions à ce propos et, ainsi que l'exprime aujourd'hui Pascal Lamy : « On aurait dû faire mieux sur deux points : les subventions publiques aux entreprises et l'accès aux marchés publics ». ¹⁹

Sans doute chacun des partenaires de la Chine dans cette discussion pensait-il alors, avec une certaine candeur, que les économies dirigées étaient en voie de dire leurs derniers mots, que les États s'abstiendraient d'intervenir dans la vie de leurs entreprises, et, pour ce qui concerne la Chine, que l'imposante part des entreprises publiques dans l'économie chinoise diminuerait de manière significative, lesdites entreprises publiques devant au surplus être transformées, et notamment privatisées, et, à défaut, disparaître.

Il est vrai que le mur de Berlin était tombé, que l'Union des républiques socialistes soviétiques était démembrée et que Mr FUKYAMA avait annoncé la fin de l'histoire !

À l'envers de la tendance libérale espérée, c'est pourtant un néo-colbertisme singulièrement efficace que la Chine, donnant corps au concept constitutionnel (intégré en 1993 dans la Constitution) si mal compris « d'économie socialiste de marché », a mis en place, l'État chinois développant ses instruments de planification économique, maîtrisant sa politique monétaire et les flux financiers de son économie, dirigeant ses entreprises publiques, encadrant ses entreprises privées et couronnant le tout en renforçant le rôle dirigeant du Pcc en intégrant en son sein ses nouvelles élites entrepreneuriales.

Le monde, en particulier l'Europe, découvre aujourd'hui la force de frappe des grandes entreprises chinoises, nombre d'entre-elles étant des entreprises publiques présentes dans des secteurs stratégiques : Huawei et sa puissance de frappe en matière de télécommunications (en particulier les technologies 5g) ; Alibaba et son écosystème numérique, financier, commercial avec lequel aucune entreprise européenne semblable ne rivalise ; China Railway Rolling Stock Corporation, « cauchemar » de Siemens et Alstom dans l'industrie ferroviaire²⁰ ; sans oublier State Grid Corporation of China et ses prises de participation dans l'énergie électrique européenne ; China Merchants Group et Cosco au Pirée ; China Road and Bridge Corporation en Croatie (pont de Pelješac) ; Comac pour l'aéronautique ; et bien d'autres entreprises.²¹

Il est patent que le scénario qui se joue aujourd'hui est autre que celui qui avait été espéré et prévu durant le processus d'accession de la Chine à l'OMC.

L'État chinois a renforcé son emprise sur toutes les entreprises et le monde découvre aujourd'hui, de manière étonnée, que certains grands entrepreneurs chinois, éventuellement milliardaires, et non des moindres²², sont également membres du Pcc et, en conséquence, tenus par les règles de discipline qu'implique cette appartenance.

C'est pourtant dès 1992 qu'une place leur a été expressément faite au sein du Pcc avant que leur situation politique soit théorisée en 2000 par le Président JIANG Zemin sous la forme de la théorie des « trois représentativités » qui fut, en 2002, consacrée comme un principe figurant dans le Préambule de la Constitution.

De même, le monde occidental découvre avec surprise que le secteur public chinois, dont on attendait l'affaiblissement, s'est renforcé au contraire de manière importante.

Dès 2003 pourtant, l'État chinois s'efforçait de reprendre la main sur les entreprises publiques dépendant de l'État central en substituant, à une multitude d'autres organismes, une autorité publique spécialement créée à cette fin (la Commission pour l'administration et la supervision des actifs publics, plus connue sous son acronyme anglais SASAC), dans le rôle d'administration de la centaine des grandes entreprises publiques (hors banques) détenues par l'État central chinois, dont la moitié est constituée d'entreprises que les autorités considèrent comme « stratégiques » et constitutives d'une « colonne vertébrale du secteur public ». Cette Commission est placée sous la tutelle directe du groupe dirigeant permanent du Comité Central du Pcc en charge de la finance et de l'économie et dont XI Jinping assume la présidence.

Trois années plus tard, en 2006, le Conseil des affaires de l'État précisait que « le contrôle absolu de l'État devait s'exercer sur les entreprises industrielles de sept secteurs : défense, aviation, transport maritime, électricité, pétrole, charbon, télécommunications »²³.

Lors de son XVIII^e Congrès, tenu en 2012, qui vit l'avènement de XI Jinping, le Pcc donnait pour rôle à l'administration de passer du contrôle de la gestion des entreprises publiques à l'optimisation de la gestion des capitaux investis, l'affectation desdits capitaux étant le fait d'une Commission installée au niveau de l'État central.

Enfin, en 2015, la Chine adoptait son treizième plan quinquennal, pour la période 2016-2020, et se fixait pour objectifs, en s'appuyant sur les grandes entreprises d'État, de développer des « champions nationaux » capables d'être des acteurs majeurs de la mondialisation dans dix secteurs de haute technologie, précisant, en outre dans le fameux document intitulé « China Manufacturing 2025 » la portée de ce plan pour le développement de l'industrie manufacturière chinoise, dont l'un des objectifs est de porter en 2025 à 70 % la part du « made in China » de ces industries.

Ces différentes mesures ont manifestement produit leurs fruits.

De récentes études²⁴ montrent que malgré le surendettement chronique important de l'ensemble du secteur public chinois (une dette de l'ordre de 15.000 milliards d'euros est fréquemment évoquée), malgré des surcapacités chroniques de production, et un manque connu d'efficacité de la plupart de ces entreprises publiques, bon nombre des entreprises publiques dépendant de l'État central chinois prospèrent. Soixante-sept de ces entreprises d'État font désormais partie des 500 entreprises les plus riches du monde. En 2017, elles sont présentes dans 185 pays et la valeur cumulée de leurs actifs est estimée à 904 milliards USD²⁵. Bon nombre de ces entreprises sont actives dans les projets des Nouvelles routes de la soie dont elles constituent la colonne vertébrale, les entreprises chinoises accaparant 90 % de ses marchés.

Ainsi, et comme l'exprimait récemment un document d'orientation émanant du patronat allemand, pour, en regard, se plaindre de la vulnérabilité de l'économie européenne, « la Chine ne se développe plus structurellement vers une économie de marché mais elle consolide son propre modèle politique, économique, social²⁶».

En réalité, elle fait mieux encore dans la mesure où les outils économiques développés par la Chine, notamment par l'intermédiaire de ses grandes entreprises publiques et privées, ont désormais un impact économique majeur que l'Europe mesure aujourd'hui à l'aune des prises de participation de ces grandes entreprises dans le tissu économique de l'Union Européenne, et, en particulier, en Allemagne, France et Royaume Uni.²⁷

Ce qui, de manière concomitante à la tournée européenne de Xi Jinping de mars 2019 (au cours de laquelle Chine et Italie signèrent un accord intégrant officiellement l'Italie dans les perspectives des routes de la soie), amena la Commission Européenne à proposer aux dirigeants européens (Conseil européen des 21 et 22 mars 2019) de prendre la pleine mesure des résultats économiques et géopolitiques de cette politique de la RPC.

Dans cette communication au Conseil Européen, la Chine est décrite, d'un point de vue économique, comme « une puissance technologique majeure », et, d'un point de vue géopolitique, comme « rival systémique dans la promotion d'autres modèles de gouvernance »²⁸, rejoignant ainsi, peu ou prou, l'appréciation de l'administration américaine qui considère désormais la Chine comme « concurrente stratégique » dont elle entend contenir l'expansion.

On peut ne partager ni la totalité de cette appréciation, ni la nécessité de la confrontation quelle semble, par avance, justifier.

Mais, on ne peut omettre de considérer comme un fait que la Chine, consolidant son modèle économique, a également consolidé, dans un même mouvement, son modèle juridique que le bureau de presse du Conseil des affaires de l'État désignait dans un livre blanc publié en 2011 comme « système légal socialiste aux caractéristiques chinoises » et dont l'une des principales caractéristiques est celle d'une instrumentalisation du droit au service du développement économique et de l'autorité publique de Chine.

« La politique d'État en Chine -écrit le Professeur LI Bin- détermine le sens du droit et n'envisage pas l'autonomie du droit comme pouvoir ou contre-pouvoir. Le droit y est réduit à sa fonction instrumentale, orientée par le politique, à une époque où la valeur du droit est de plus en plus appréciée selon sa capacité et sa performance à faciliter la vie des affaires »²⁹.

Dans l'ordre interne, cette appréciation est rigoureusement exacte et, dans les faits, cette consolidation par la Chine de son modèle juridique se traduit d'abord par un durcissement de l'autorité publique.

Ce durcissement n'affecte guère la vitalité de la sphère des activités **marchandes**, sinon par le fait que celles-ci s'exercent au sein d'une économie mixte dont la part publique régresse de manière relative sans que cette réduction relative n'affecte son pouvoir dominant³⁰.

En revanche, le tableau des libertés publiques est, en Chine, sombre.

La liberté de débattre est restreinte. La tentation d'un contrôle social généralisé de la population s'affirme de manière inquiétante. La liberté d'expression paraît décroître au fur et à mesure que les capacités numériques d'expression grandissent. La méfiance envers la minorité Ouïgour prend la forme de camps d'internements préventifs à grande échelle.

Rien n'a réellement changé en ce qui concerne une évolution de la situation des juges et tribunaux dans le sens d'une plus grande indépendance fonctionnelle envers les assemblées et gouvernements locaux, malgré les décisions que le Pcc avait paru prendre en ce sens lors de son troisième plénum en novembre 2013.

Quant aux membres du barreau, l'importance de leurs actions dans la gouvernance de la Chine selon la loi est pleinement acquise, mais, ainsi que l'exprime le serment professionnel qu'ils doivent prêter, leur liberté reste obérée par l'objectif politico-juridique qui leur est assigné de contribuer au développement de la Chine comme « socialist country under the rule of law »³¹, et donc d'être, dans l'exercice de leur profession, fidèle au « Parti et à la légalité socialiste », ainsi que, sans détours, XI Jinping l'exprimait lors de l'une des sessions du XVIII^e Comité Central du Pcc.³²

En d'autres termes, la « légalité aux caractéristiques chinoises », revendiquée avec fierté par les autorités chinoises et présentée comme un élément de la modernisation de la Chine, n'est pour l'heure, dans l'ordre interne, qu'une légalité imparfaite et incomplète, non souveraine, profondément marquée par la toute puissance du Pcc dont le statut fermé et le rôle directorial restent le frein principal à l'expansion de cette légalité.

Mais en est-il de même dans l'ordre international que la Chine entend désormais marquer de son empreinte, en particulier par l'intermédiaire de l'initiative des Nouvelles routes de la soie ?

À cette question, la réponse est plus contrastée même si l'on retrouve, en droit international comme en droit interne, la même instrumentalisation du droit chinois au service d'une politique ouverte au développement de la sphère marchande, et d'une politique beaucoup plus restrictive hors des activités marchandes.

Dans la sphère marchande, la Chine continue de conclure un grand nombre d'accords bilatéraux (en particulier, accords commerciaux, fiscaux, d'investissements) et d'accords multilatéraux tels que les accords de coopération dans le domaine du transport ferroviaire et, plus encore, l'instrument de création de l'Asian Infrastructure Investment Bank (« AIIB »), institution financière internationale siégeant à Pékin, dont le président est chinois, et dont la Chine est l'actionnaire le plus important, mais minoritaire.

L'AIIB, en créant l'AIIB Yearbook of international law, et en animant un forum en matière de résolution des litiges internationaux, manifeste son désir de participer aux réflexions nécessaires à l'adaptation du droit international. Et il en est de même de divers think tank, à Pékin, ou Hong-Kong³³.

Par ailleurs, l'État chinois a la nécessité d'élargir le spectre de ses accords d'investissements dans la mesure où, pays d'accueil d'investissements étrangers jusque récemment, elle est désormais un pays d'investisseurs chinois en pays tiers, que l'État a le devoir de protéger.

De ce point de vue, la manière dont, après 19 cycles (à ce jour) d'une négociation commencée en 2013, interviendra, ou n'interviendra pas, en 2020 (comme cela est désormais prévu), l'accord sur les investissements en cours de discussion avec l'Union Européenne, constitue un excellent test du positionnement que la Chine entend adopter sur les questions fondamentales que traitent d'ordinaire ce genre d'accords internationaux : l'espace laissé à la liberté d'investir ; le rôle des entreprises publiques ; les aides d'État aux entreprises ; l'accès aux marchés publics ; la transparence de la réglementation ; le respect de la propriété intellectuelle ; la réciprocité d'accès aux marchés ; le mode de règlement des différends, etc.

Et ce, au moment même où l'Union Européenne se pose elle-même des questions importantes en matière de protection de ses entreprises, d'accès réciproques aux marchés publics, de reconnaissance mutuelle de normes et standards, de système juridictionnel de règlement des différends liés aux investissements.³⁴

De manière plus générale, la Chine affirme sa faveur pour le multilatéralisme³⁵ tout en procédant de manière sélective.

Ainsi, elle prend sa part dans l'organisation de certaines des nouvelles interdépendances internationales. Elle adopte, puis ratifie, l'Accord de Paris sur le climat conclu le 12 décembre 2015 à l'issue de la 21^{ème} conférence (dite COP 21) ayant rassemblé, à Paris, 195 États.

De même, la Chine est, en matière commerciale, un acteur important de l'Office de Règlement des Différends³⁶ institué au sein de l'OMC.

En revanche, malgré l'importance en Chine et pour les entreprises chinoises, de la pratique arbitrale internationale, et malgré, également, la ratification, ancienne (en 1986 et 1993), des deux plus importantes conventions d'arbitrage international (la Convention de New-York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 et la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965), les tribunaux chinois n'admettent qu'avec réticence de donner force exécutoire aux décisions d'arbitrage commercial international rendues sous l'égide d'institutions arbitrales étrangères et/ou hors du territoire de la RPC.

De manière plus générale, de même que la Chine restreint l'accueil, dans son ordre juridique, de décisions d'origine étrangère, la Chine restreint l'accueil, au sein de son propre droit, des normes internationales même si celles-ci sont issues des accords et traités qu'elle ratifie, la position hiérarchique de telles normes internationales ne faisant l'objet d'aucune disposition constitutionnelle et restant imprécise en droit chinois.

Enfin, la Chine est traditionnellement rétive à toute forme de justice internationale.

La Chine n'a pas ratifié la Convention de Rome de 1958, créatrice du Tribunal Pénal International.

Jusqu'à une époque récente, la Chine n'acceptait pas, dans les traités bilatéraux d'investissement qu'elle concluait, d'y inclure l'arbitrage international comme mode de règlement des différends pouvant naître avec un investisseur.³⁷

Et, lorsque, en d'autres matières, l'État chinois a été aux prises avec un différend international, il a manifesté sa réticence à entrer dans un processus juridictionnel. La RPC l'a montré, en 2013 en refusant de participer à la procédure d'arbitrage ouverte à son encontre devant la Cour Permanente d'Arbitrage de la Haye, en application de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la mer (décembre 1982), à propos d'un différend l'opposant à la République des Philippines en mer de Chine méridionale, et en ne reconnaissant pas la décision rendue par la Cour Permanente d'Arbitrage le 12 juillet 2016.

S'agissant des pratiques adoptées par les entreprises chinoises (la plupart d'entre-elles étant des entreprises publiques) dans la passation et/ou l'exécution des marchés conclus le long des Nouvelles routes de la soie, le tableau, qui est certainement très incomplet, ne paraît pas, pour l'heure, être très encourageant.

La Chine semble méconnaître, en Afrique, les engagements internationaux qui sont les siens en matière environnementale.

De grandes entreprises publiques chinoises (en particulier State Grid Corporation, State Power Investment Corporation, Huadian Corporation) y construisent, en grand nombre, et pour des valeurs importantes (4 milliards USD), des centrales thermiques au charbon³⁸ dont la plupart sont considérées, au regard des standards internationaux, comme dangereuses pour l'environnement. Et ces entreprises publiques y procèdent au mépris des engagements internationaux pris par la Chine, alors même que la Chine, actuel gros pollueur, souhaite être reconnue comme un bon élève, voire pays leader de la transition énergétique³⁹, et investisseur majeur dans les énergies vertes.

Que faut-il par ailleurs penser du modèle de développement pouvant résulter de la politique chinoise des zones « de coopération économique et commerciale à l'étranger »⁴⁰ que la Chine met en œuvre le long des routes de la soie et qui permet de créer, au profit de ses promoteurs chinois, des espaces juridiquement protégés en territoire étranger, avec l'accord des pays concernés, mais, néanmoins, sur un mode proche de celui des concessions étrangères dont souffrit la Chine elle-même durant la seconde moitié XIX^e siècle.

Enfin, un certain nombre d'épisodes laissent penser que financements non soutenables, développement non durable, absence de transparence, corruption, caractérisent certains des marchés les plus importants conclus par les grandes entreprises publiques chinoises le long des Nouvelles routes de la soie, en contradiction avec les idéaux d'harmonie, coopération, bonne foi, et respect des partenaires, qui figurent parmi les principes fondateurs de l'initiative chinoise⁴¹.

Les illustrations de cet état de fait qui concernent principalement l'Asie et l'Afrique, mais également le Monténégro et la Macédoine, sont multiples et désormais notoires⁴².

Il serait excessif de tirer des conclusions définitives de cette situation, d'autant que, lors du second forum des Nouvelles routes de la soie tenu à Pékin le 25 avril 2019, les autorités chinoises ont paru prendre acte de ces errements et ont manifesté le souci de corriger l'action des entreprises chinoises.

Mais, faut-il, pour autant, passer sous silence la question que suscite cet état de fait : la nouvelle phase de mondialisation initiée par la Chine, par l'intermédiaire de son initiative des Nouvelles routes de la soie, est-elle autre chose que l'initiative dominatrice d'une économie dirigée issue d'une société dont le droit ne sera jamais que l'un des instruments de l'autorité, sans souci de valeurs ? Ou, dit autrement, faut-il craindre que la participation de la Chine à la définition de nouvelles règles de gouvernance mondiale contribue à une ou des régressions(s) de cette gouvernance, comme l'évoque explicitement la communication de la Commission Européenne du 12 mars 2019.

Au vu de la situation actuelle des libertés publiques, en Chine, du caractère discontinu, depuis 150 ans, de la modernisation chinoise, et des déceptions qu'elle engendre, beaucoup le craignent. Ils font valoir que la Chine, puissance originale faite de sous-développement et d'extrême développement⁴³, est et restera longtemps une spécificité juridique, voire une anomalie juridique, ayant pour caractéristique un droit sans autonomie, simple instrument de l'autorité politique. Ils craignent le fait que l'évolution de ce droit soit très durablement bridée, voire conditionnée, par les lourdeurs historiques du légisme, qui fut aussi le support du totalitarisme, et, de manière plus générale, par l'imposante histoire de l'État impérial chinois, « les plis de l'histoire chinoise » selon l'expression de Léon Vandermeersch⁴⁴.

Dès lors, ce droit serait voué, dans la modernisation de la Chine, à limiter son ambition à l'évolution libérale d'une sphère marchande conquérante, sans prétendre participer à la libération de la vie sociale et à la promotion de valeurs non marchandes.

Ce qui serait aujourd'hui le sens qu'il conviendrait d'attribuer à l'expression des « couleurs de la Chine », comme on le disait il y a 30 ans, et des « caractéristiques chinoises », comme les autorités chinoises l'énoncent aujourd'hui, sans jamais masquer que ces termes polysémiques expriment notamment l'État constitutionnel de la RPC, ayant pour marqueur principal le rôle directorial du Pcc : « La direction du Parti incarne la caractéristique la plus essentielle du socialisme à la chinoise au même titre que la **garantie fondamentale de l'État de droit socialiste ».**⁴⁵

Trois observations, de nature très différente, peuvent toutefois permettre de nuancer ce scepticisme.

En premier lieu, en des pages remarquables, l'historien P.E. Will et la philosophe Anne Cheng, ont fait litière des idées qui innervent ce scepticisme qu'il s'agisse du « développementalisme » énoncé par les dirigeants chinois (la démocratie ? peut-être, mais plus tard, après le développement) ou de l'essentialisation de la culture chinoise « propice aux généralisations faciles » écrit P.E. Will, ou, encore de l'usage d'un confucianisme contemporain dont écrit Anne Cheng, on se sert abusivement pour justifier la « prétendue incompatibilité (ou au contraire la prétendue compatibilité) culturelle entre tradition chinoise et démocratie » à l'occidentale⁴⁶.

« Une culture », écrit P.E. Will, « n'est pas prisonnière de sa tradition et la tyrannie de l'histoire n'existe pas »⁴⁷.

En second lieu, le processus de modernisation chinoise est en synchronisme avec le processus plus général de mondialisation qui, sur le plan juridique, se traduit par une décomposition d'un ordre juridique jusqu'alors centré sur les États au profit d'une « superposition de normes, nationales et infranationales, internationales régionales et mondiales » et d'une « surabondance d'institutions, étatiques et non étatiques, et de juges, nationaux et internationaux, à compétence élargie, régionale ou mondiale »⁴⁸.

Au stade actuel de la mondialisation, l'ordre juridique est profondément déstructuré.

La modernisation juridique chinoise prend place au sein de cet ensemble, qui est à la fois déstructuré et en cours de restructuration.

Et si la Chine entend, comme elle l'affirme, contribuer à la définition de nouvelles règles de gouvernance mondiale, cela lui impose, non seulement de procéder à la restauration d'un ordre juridique centré sur lui-même, son territoire, son État, comme elle y a procédé au cours des quarante dernières années, mais désormais de prendre toute sa part dans la recomposition d'un nouvel ordre mondial interdépendant, comme elle a commencé à y procéder, par exemple, en signant, en 1997 et 1998, les deux pactes des Nations-Unies sur les droits de l'homme⁴⁹, en faisant le nécessaire pour accéder en décembre 2001 à l'OMC, et en ratifiant, en décembre 2015, l'Accord de Paris sur le climat.

En troisième lieu, certaines décisions récemment adoptées par les autorités chinoises montrent que, en lien avec l'initiative des Nouvelles routes de la soie, la Chine accepte de redéfinir la manière de traiter l'extranéité et, en particulier, accepte une plus grande porosité entre droit interne chinois et droit international, et, qui sait, demain, entre pratiques juridictionnelles interne et internationale.

Ainsi, diverses décisions ont été prises en 2018 par la Cour Suprême de Chine aux fins d'orienter les juridictions qui lui sont inférieures (notamment les Cours Supérieures des Provinces et Villes autonomes de Chine) en faveur d'un traitement plus ouvert des litiges à caractère international et d'un meilleur accueil, au sein de l'ordre juridique chinois, des sentences et jugements étrangers.

Plus encore, à l'instigation même de la Commission centrale pour l'approfondissement des réformes, instrument essentiel du Pcc, soucieux de la création en Chine d'une juridiction susceptible de jouer un rôle dans le règlement des litiges commerciaux internationaux, la Cour Suprême a procédé, en juin 2018, à la création de deux Chambres spécialisées du commerce international, l'une à Xian, l'autre à Shenzhen, ayant pour objet le règlement des différends les plus importants en lien avec les routes de la soie⁵⁰.

Cette création est, en elle-même, remarquable dans la mesure où la justice étatique chinoise, jusqu'alors rétive au fait international, adopte ainsi, en matière de règlement des différends internationaux, l'un des standards les plus évolués : celui de la création, au sein de justices étatiques d'ordinaire jalouses de leurs prérogatives, de juridictions commerciales spécifiquement dédiées aux litiges internationaux et fonctionnant à cette fin selon des règles adaptées quant aux langues de travail et aux procédures très largement issues des pratiques arbitrales internationales les plus libérales, c'est-à-dire les moins connectées directement aux règles internes qu'imposent ces États⁵¹.

En ce qui concerne les juridictions créées à Xian et Shenzhen, leur caractère remarquable est accentué par le fait que, plus qu'une nouvelle juridiction étatique, elles sont en réalité des plateformes de type nouveau combinant les possibilités de l'intervention de juges étatiques chinois et celles qu'offrent les modes alternatifs de règlement des litiges que sont la médiation et l'arbitrage, avec la participation éventuelle, en ce cas, de juristes étrangers⁵².

Ces nouvelles institutions réussiront-elles à s'imposer dans l'affirmation d'un pouvoir jurisprudentiel ordonnateur, voire créateur, de normes, là où les plus importantes institutions arbitrales chinoises n'ont jamais réellement réussi à s'imposer comme telles (à raison de leur caractère institutionnellement trop proche des « caractéristiques chinoises »), et ce malgré leur création il y a plus de vingt ans, et quoiqu'en pratique, elles aient joué, et jouent, un rôle important en matière de règlement des litiges, y compris de nature internationale.

Il faudra pour cela que cette justice internationale d'origine chinoise ait la possibilité d'affirmer l'indépendance et l'impartialité de ses juges, et d'adopter un fonctionnement plus ouvert, plus transparent, plus indépendant que ne l'est, à l'heure actuelle, le fonctionnement de la justice étatique chinoise, et accepte, pour ses avocats, un rôle moins contraint, ce qui n'est pas un mince défi institutionnel.

Si, toutefois, cette justice internationale d'origine chinoise y parvient, et si, en particulier, elle parvient à conquérir un rôle normatif internationalement reconnu, cela ne sera pas sans conséquence favorable sur l'évolution de la justice chinoise, en particulier quant à la revendication par les juges chinois d'une plus grande autonomie, par effet d'extension aux pratiques juridictionnelles de la plus ou moins grande porosité⁵³ existant nécessairement dans tout système juridique entre droit interne et droit international.

Essayons de conclure, provisoirement.

La Chine dispose d'une tradition juridique très ancienne dont la modernisation est chaotique et discontinue depuis 150 ans.

Dans la troisième phase contemporaine de modernisation qu'après 1978 (lancement de la politique de réforme) et 2001 (accession à l'OMC), la Chine vit avec l'ambition d'une contribution internationale dont l'un des instruments, efficaces et spectaculaires est l'initiative des Nouvelles routes de la soie, la Chine est désormais aux prises avec la nécessité de confronter de manière concrète son corpus juridique et ses pratiques juridictionnelles avec ceux du reste du monde, et en particulier avec les 60 ou 70 pays tiers, traversés par les Nouvelles routes de la soie, dont les traditions juridiques sont d'une grande diversité (droit continental, common law, droit islamique, systèmes hybrides) et dont le régime conventionnel est quelquefois peu développé.

Il est peu vraisemblable qu'à cette fin puisse suffire le modèle de droit partenarial asymétrique qu'elle pratique sur certaines des Nouvelles routes de la soie, en particulier en Afrique, et dont les instruments sont la puissance de ses entreprises d'État, les facilités financières que seule la Chine peut offrir, et la qualité de ses outils numériques.

L'ivresse que peut éventuellement offrir aux entreprises chinoises leurs dominations technologiques et financières pourrait laisser penser que l'édiction, à bas bruit, des nouvelles normalisations qui donnent vie et force aux innovations technologiques dans lesquelles la Chine excelle (dans les télécommunications, l'énergie, les transports, etc...) pourrait tenir lieu de règle du jeu⁵⁴ dont la Chine pourrait se satisfaire. « À tort ».

La Chine affirme une autre ambition, plus vaste et plus profonde : participer à la définition d'une nouvelle gouvernance mondiale, apte à la construction de ce qu'elle nomme une « communauté de destin de l'humanité », en particulier, (mais non seulement), en prenant une part active dans l'invention et la mise en œuvre des nouvelles règles du jeu international qu'exigent les nouvelles interdépendances, climatique, sanitaire, sécuritaire, digitale, économique, financière, etc.

La Chine y procède d'ores et déjà sur plusieurs fronts. De manière très apparente, en ayant ratifié haut et fort en décembre 2015 les Accords de Paris sur le climat (COP 21). Mais également de manière de moins en moins discrète⁵⁵ en intervenant activement au sein des diverses instances mondiales de régulation : Fonds Monétaire International (FMI), Banque Mondiale et OMC, depuis longtemps ; mais également Organisation Internationale du Travail (OIT), Union Internationale des Télécommunications (UIT) ; Organisation de l'Aviation Civile Internationale (OACI) ; Food and Agricultural Organisation (FAO) ; Office des Nations Unies pour le Développement Industriel (ONUDI) ; Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) ; Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) ; et au sein de la CNUDCI en participant à la redéfinition du droit international des investissements dont la Chine initia le principe, en septembre 2016, lors du Sommet de Hangzhou (G 20).

Sur l'un des points substantiels de ces travaux de la CNUDCI, qui concerne la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États⁵⁶, la contribution de la Chine montre d'ailleurs une convergence de propositions et d'intérêts avec l'Union Européenne en faveur d'une forme à définir de juridiction internationale des investissements dotée de juges dont la Chine, comme l'Union Européenne, souligne la nécessité d'une indépendance et d'un professionnalisme exemplaires.

L'Accord Union Européenne – Chine, relatif aux investissements, susceptible d'intervenir dans les mois qui viennent, permettra de vérifier concrètement jusqu'où va cette convergence et ce qu'elle signifie.

Mais, d'ores et déjà, les optimistes pourront penser que le souhait de la Chine d'imposer sa marque dans la gouvernance mondiale l'obligera à dépasser la conception trop étroitement westphalienne⁵⁷ qu'elle a de la souveraineté de son droit national (son fameux système de « légalité socialiste aux caractéristiques chinoises ») ce qui, pour la Chine, imposera que, sans renoncer ni à ses différences, ni à ses désaccords avec une large partie du reste du monde, elle accepte et développe un dialogue plus large de ses institutions juridiques, de ses juges étatiques ou arbitraux, internes ou internationaux, et, de manière générale, de ses juristes (avocats, notaires, universitaires), avec les institutions juridiques et juristes du reste du monde.

NOTES :

¹ Voir « Introduction générale au droit chinois » in R. Guillaumond, LU Jianpig, LI Bin : *Droit chinois des affaires*, Manuel Larcier, 2013.

² Voir les points essentiels de ces discours in *Perspectives Chinoises*, n° 2, 1992.

³ L. Choukroune : « L'Accession de la République Populaire de Chine à l'Organisation Mondiale du Commerce », Thèse de doctorat (Paris I), p. 117.

Voir également la citation (op. cité, p. 217) de l'extrait d'une lettre adressée en novembre 1999 au Président des États-Unis par le chef du Parti Démocratique de Hong-Kong : « La participation de la Chine à l'OMC n'aura pas uniquement des conséquences positives sur le plan économique et politique, mais servira également à renforcer la position de ceux qui, en Chine, ont compris que le pays doit adhérer à l'idée d'un État de droit » (p. 217).

⁴ Le protocole d'accession de la Chine à l'OMC comporte les dispositions qui peuvent être résumées comme suit :

- Les dispositions de l'accord OMC et du présent protocole doivent s'appliquer à l'ensemble du territoire douanier chinois, y compris les régions commerciales frontalières, les régions de minorités autonomes, les zones économiques spéciales, les villes côtières ouvertes, les zones de développement économique et technique, et toutes autres régions où sont établis des régimes spéciaux en matière de droits de douane, taxes et réglementations.
- La Chine se doit d'établir ou de mettre en place un système de relais judiciaires et de mécanismes destinés à résoudre de manière efficace les différends liés à l'application des lois, des règlements, des décisions de justice, et des réglementations administratives de portée générale, et de veiller à son bon fonctionnement [...]. De tels tribunaux devront être impartiaux et indépendants [...].

⁵ Déclaration de DENG Xiaoping en 1978 :

« Nous avons besoin d'un ensemble large et complet de lois faisant autorité et constamment appliquées ».

⁶ Article 1, paragraphe 2 (modifié) de la Constitution :

« Le système socialiste est le système de base de la République Populaire de Chine. Le leadership du Pcc est la caractéristique essentielle du système socialiste. »

⁷ Cette appréciation ne semble pas devoir être modifiée par la création des Commissions de Supervision aux différents échelons de l'État chinois.

À la suite d'un amendement constitutionnel, intervenu le 11 mars 2018, une Commission de Supervision a été créée (par une loi du 20 mars 2018 ayant pris effet immédiatement) à l'échelon central, et aux différents niveaux de la structure de l'État chinois.

Elle dispose de pouvoirs d'investigations et de sanctions pour lutter contre la corruption, et diverses inconduites assimilées, imputables aux personnels exerçant une fonction publique au sein du Pcc, des assemblées populaires de divers échelons, de l'administration, et des entreprises d'État.

Les pouvoirs de cette Commission, pour les personnels et infractions concernés, ont préséance sur les pouvoirs du Parquet qui se trouve ainsi largement dessaisi pour les personnes et infractions concernées.

Cette Commission ne remplace pas la Commission de contrôle de la discipline du Pcc mais, à chaque échelon, les Commissions administratives et les Commissions de discipline du Pcc agissent avec les mêmes personnels, et remplissent des fonctions identiques, dans une sorte de « joint office », la Commission de Supervision devant rendre compte de ses actions tant à l'ANP (et aux assemblées de divers niveaux) qu'au Pcc lui-même.

Toutefois, la mesure de détention administrative (dite « shuang gui »), très critiquée pour l'absence de tout encadrement légal quant aux motifs, aux durées et régimes de cette détention, est désormais remplacée par une mesure de rétention que la loi de 2018 organise et dont elle fixe la durée maximale à six mois.

⁸ Voir H. Piquet : « Le rêve chinois en question : le débat sur le constitutionnalisme en Chine », Revue Française de Droit Constitutionnel, 2014/2 n° 98.

⁹ Voir H. Piquet, op. précité.

¹⁰ Livre blanc sur la démocratie, publié en 2005 par le bureau de presse du Conseil des affaires de l'État.

¹¹ XI Jinping : « Il est nécessaire de renforcer la sensibilisation à l'État de droit pour que les gens aient une conviction intime et un profond respect envers la Constitution et les lois ». Allocution à la 37^e séance du Bureau politique du XVIII^e Congrès du Pcc (9 décembre 2016), in XI Jinping : *La gouvernance de la Chine*, T.II, 2018, p. 160.

¹² JP Cabestan (in *Le système politique chinois*, Les Presses de Sciences-Po, 2014, p. 55) rappelle que cette idée du rêve chinois est apparue, pour la première fois, chez LIANG Qichao (1873-1929), qu'elle fut revisitée, en 2010, avec une connotation très nationaliste, dans l'ouvrage d'un officier supérieur de l'ALP appelant la Chine à devenir la première puissance militaire du monde, et qu'elle fut reprise en 2012 par XI Jinping : « Le plus grand rêve chinois est la grande renaissance de la nation chinoise. »

¹³ Au Deuxième Forum consacré par les autorités chinoises au projet des routes de la soie, et qui s'est tenu à Pékin le 25 avril 2019, 37 chefs d'État et de gouvernement avaient fait le déplacement. Les autorités chinoises annoncèrent avoir d'ores et déjà signé, dans ce cadre : des accords de coopération avec 125 nations (dont désormais, avec une nation membre du G7, l'Italie, mais également avec le Luxembourg, la Suisse, etc) et avec 29 organisations internationales. Les Echos, 26 avril 2019.

¹⁴ R. Guillaumond : « Les enjeux juridiques des Nouvelles routes de la soie » RDAI/IBLJ-2019/2.

¹⁵ Sophie Boisseau du Rocher et Emmanuel Dubois de Prisque : *La Chine et (est) le monde*, Odile Jacob, 2019.

¹⁶ Selon l'expression d'Arnaud Massonie : « Le dirigisme, premier atout de la tech chinoise », Les Echos, 18 janvier 2019.

¹⁷ Les Echos, 20 mars 2019 – « Innovation : l'Asie écrase l'Occident ».

¹⁸ Géoéconomisme : néologisme énoncé par Blackwill et Harris (*War by other Means*, Harvard University Press, février 2016) pour désigner une politique d'État, appuyée sur des instruments financiers et économiques, et ayant pour objet de produire un effet géopolitique.

¹⁹ Pascal Lamy in Le Monde du 13 juin 2018 : « La Chine a payé son accession en 2001 bien plus cher que d'autres pays en développement. Par exemple, on ne l'a pas autorisée à imposer des droits de douane industriels supérieurs à 10 % en moyenne, bien moins que le Brésil, l'Inde, l'Indonésie. **En revanche, on aurait dû faire mieux sur deux points : les subventions publiques aux entreprises et l'accès aux marchés publics...** ».

²⁰ « CRRC ou le cauchemar chinois de deux industriels du ferroviaire », Frédéric Lemaître, in Le Monde du 7 février 2019.

²¹ La liste des entreprises de l'État chinois est publiée sur le site de la Commission (SASAC) qui les contrôle : www.sasac.gov.cn.

²² Par exemple : Jack Ma, créateur et dirigeant d'Alibaba. Voir également (<http://money.cnn.com/2017/03/03/news/economy/billionaire-chinese-lawmakers-npc/index.html>).

²³ Sur tout cela, voir Wendy Leutert : « Un ferme contrôle des firmes : la gestion des entreprises publiques sous Xi Jinping », in Perspectives chinoises n° 2018/1-2, p. 29.

²⁴ Voir Wendy Leutert - précité. Et voir également Alicia Garcia-Herrero and XU Jianwei : « How to handle state-owned enterprises in EU-China investment talks », Bruegel policy contribution, juin 2017, n° 18.

²⁵ Voir Wendy Leutert – précité.

²⁶ Le Figaro, 16 janvier 2019, p. 21.

²⁷ Voir Eric-André Martin : « L'Union Européenne va-t-elle se laisser acheter ? Le filtrage des investissements étrangers en Europe », Etudes de l'IFRI, IFRI, Mars 2019 (ifri.org).

²⁸ Communication conjointe de la Commission Européenne et de la Haute Représentante pour les Affaires Étrangères et la Politique de Sécurité au Parlement européen, et au Conseil Européen sur les relations UE – Chine du 12 mars 2019.

Voir également le précédent propos présenté lors de la Conférence sur la sécurité tenue à Munich, en février 2018, par Sigmar Gabriel : « *la Chine élabore une alternative systémique complète au modèle occidental qui, contrairement au nôtre, n'est pas fondée sur la liberté, la démocratie et les droits de l'homme* ».

²⁹ LI Bin : « Le développement du droit chinois dans la perspective des Nouvelles routes de la soie », RDAI/IBLJ-2019-2, p. 137.

³⁰ Thomas Piketty (« De l'inégalité en Chine », in Le Monde, 11 février 2017) précise que « la part du capital public dans le capital national de la Chine (immobilier, entreprises, terres, infrastructures et équipements) » est de l'ordre de 30 % (soit une part supérieure à ce que cette part pouvait être dans les pays capitalistes pendant les trente années d'économie mixte d'après-guerre).

Voir également Michel Aguetta et GUO Bai : *La voie chinoise. Capitalisme et Empire*, Odile Jacob, 2012.

³¹ Le serment adopté par l'ACLA (All China Lawyers Association), et qui est en vigueur depuis 2018, est le suivant : "I swear that I am a lawyer of the People's Republic of China, and will be loyal to the Constitution, my country, and my fellow people. I will be dedicated to safeguarding the legal rights and interests of my clients, promote law enforcement, and maintain social fairness and justice to facilitate China's development into a socialist country under the rule of law".

³² Xi Jinping : « Les membres du barreau étant une force importante dans la gouvernance de l'État en vertu de la loi, il nous faut améliorer leur niveau politico-idéologique et faire de leur fidélité à la direction du Parti et à la légalité socialiste une exigence fondamentale pour l'exercice de leur profession » - Allocution du 23 octobre 2014 lors d'une session plénière du Comité central du Pcc, in Xi Jinping : *La gouvernance de la Chine*, T.II, 2018, p. 148.

³³ Les plus notoires sont :

- à Pékin, le Center for China and globalization : <http://en.ccg.org.cn>.
- à Hong Kong, l'Académie internationale de la ceinture et de la route (IABR) : <http://interbeltandroad.org>.

³⁴ Sur cette problématique, voir la Communication conjointe au Parlement Européen, au Conseil Européen et au Conseil sur les relations UE-Chine émanant de la Haute Représentante de l'Union pour les Affaires Étrangères et la Politique de Sécurité (12 mars 2019).

Voir également Michel Trochu : « L'évolution des modes de règlement des différends Investisseurs-États dans les accords de libre-échanges entre l'Union Européenne et certains États de l'Asie de l'Est et du Sud-Est », RDAI/IBLJ n° 5, 2018.

Et Matthias Fekl : « Les contestations de l'arbitrage d'investissement et les négociations commerciales internationales contemporaines », Cahiers de l'arbitrage, 2019, 413.

³⁵ Xi Jinping : « ...la détermination de la Chine à soutenir le multilatéralisme ne changera pas. Le multilatéralisme est un moyen efficace pour préserver la paix et promouvoir le développement ». Allocution à l'Office des Nations Unies à Genève, 18 janvier 2017, in Xi Jinping : *La gouvernance de la Chine*, T.II, 2018.

³⁶ Voir Hélène Ruiz – Fabbri : « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux*.

³⁷ D. Pathirana : « Un regard sur la présence croissante de la Chine dans les affaires RDIE », septembre 2017 (www.iisd.org/ITN/FR/Analysis).

³⁸ S. le Belzir : « En Afrique, la Chine investit surtout dans les énergies fossiles et polluantes », *Le Monde*, 4 février 2019.

³⁹ Voir l'opinion émise par J.F. Huchet : (*La crise environnementale en Chine* – Paris – Presses de Sciences Po, 2016) selon laquelle la Chine exporte ses activités polluantes à l'étranger le long des routes de la soie.

⁴⁰ Une statistique du MOFCOM dénombreait, en 2017, 99 zones établies dans 44 pays, accueillant 4.364 entreprises chinoises ayant investi environ 30 milliards USD.

⁴¹ Voir Malik R. Dahlan : "Dimensions of the New Belt and Road International order : An analysis of the emerging legal norms and a conceptualization of the regulation of disputes", *Beijing Law Review* 2018, 9, 87-112.

⁴² Quelques exemples.

La ligne de chemin de fer Mombasa – Nairobi, construite et gérée au Kenya par la China Road and Bridge Company (CRBC) grâce à des financements chinois à hauteur de plus de 4 milliards d'euros, est un gouffre financier, insoutenable financièrement, comme paraissent l'être la construction et la gestion de la ligne construite entre Djibouti et Addis-Abeba.

De même, la Malaisie a choisi d'annuler des contrats relatifs à la construction d'infrastructures sur le sol malaisien (en particulier le projet East Cost Rail Link « ECRL » d'un chemin de fer reliant les côtes est et ouest de la péninsule) dont elle a estimé ne pouvoir assurer le coût, après avoir d'ailleurs découvert que ces marchés avaient été conclus sur fond de corruption du premier ministre de Malaisie.

L'État Sri Lankais a dû abandonner à une entreprise publique chinoise la concession du port de Hambantota construit à grands frais avec des emprunts chinois dont l'État ne pouvait plus assumer la charge.

Le Laos s'est endetté à hauteur des deux tiers de son PIB pour la construction d'une ligne ferroviaire vers la Chine (Kumning – Vientiane) dont personne ne perçoit la rentabilité.

Le Pakistan est aux prises avec des difficultés financières majeures, pour lesquelles il fait paradoxalement appel à l'assistance du FMI, après s'être lancé dans ce qui est sans doute le projet phare en Asie des Nouvelles routes de la soie : le chantier gigantesque du Corridor économique sino-pakistanaï, dont le coût est de l'ordre de 60 milliards de dollars, et dont l'effet principal sera d'offrir à la Chine un accès maritime direct par le port de Gwadar.

⁴³ Pascal Lamy : « En 2001, la Chine est entrée à l'OMC comme pays en développement. Or, aujourd'hui, personne ne sait si c'est un pays riche avec de nombreux pauvres ou un pays pauvre avec de nombreux riches ». Le Monde – Interview précitée.

⁴⁴ Léon Vandermeersch : *Ce que la Chine nous apprend*, Editions Gallimard, 2019 – En particulier Chapitre IX consacré au « socialo-capitalisme d'aujourd'hui ». Voir également J.F. Billeter : *Chine trois fois muette*, Editions Allia, janvier 2019.

⁴⁵ XI Jinping : Allocution prononcée le 23 octobre 2014 devant le Comité central du Pcc, In XI Jinping : op. cité, p. 135.

⁴⁶ In *La Chine et la démocratie*, Mireille Delmas Marty et P.E. Will, Fayard, 2007.

Anne Cheng (p. 101) rappelle que « le terme même de confucianisme est un néologisme occidental, une invention dont l'origine remonte aux missionnaires chrétiens présents en Chine aux XVII^e et XVIII^e siècles et dont se sont emparés les philosophes des Lumières, suivis par les rationalistes de tout poil, qui ont cru y voir une religion sans Dieu ».

⁴⁷ P.E. Will, op. cité, p. 36.

⁴⁸ Mireille Delmas-Marty : *Yiqi maixiang shijie de gongtong fa: tongyi yu duoyan (Marcher ensemble vers le droit commun du monde : unité et pluralisme)*, Beijing University Press, 2019.

⁴⁹ Étant précisé que la Chine n'a toutefois ratifié que le pacte sur les droits économiques sociaux et culturels et non le pacte international sur les droits civils et politiques.

⁵⁰ LI Bin, RDAI/IBLJ-2019-2, p. 137, précité.

⁵¹ Des juridictions semblables ont été exceptionnellement récemment créées en Allemagne, Belgique, France, ainsi qu'aux Pays-Bas, aux Emirats Arabes Unis, au Qatar et à Singapour. Voir L'observateur de Bruxelles, « Les juridictions commerciales internationales : expériences comparées », n° 114, octobre 2018.

⁵² De manière regrettable, il semble toutefois que, pour l'heure, si des juristes étrangers peuvent intervenir comme experts ou médiateurs, ils ne puissent intervenir en qualité d'avocats au sein de ces juridictions.

⁵³ V. Curran (dir.) « Les porosités du droit », Société de législation comparée, 2019.

⁵⁴ Voir à ce propos : « La France face aux Nouvelles routes de la soie », Etudes de l'IFRI, IFRI, octobre 2018.

⁵⁵ Edouard Tetreau : « Comment la Chine investit les instances de régulation mondiales », Les Echos, 27 novembre 2019 – p. 10.

⁵⁶ CNUDCI – Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (Voir A/CN.9/WG.III.WP).
(Voir également A. Roberts et T. St John : « UNCITRAL and ISDS Reform : China’s proposal », EJIL, Talk, 5 août 2019).

⁵⁷ Le droit occidental s’est construit à la suite de la Paix d’Augsbourg et des traités de Westphalie (1648) autour du tryptique « Un État. Un territoire. Un droit. ».
Voir à ce propos Antonio Cassese : *Le droit international dans un monde divisé*, Berger-Levrault, Paris, 1986.
