

L'Encadrement juridique des Nouvelles Routes de la Soie : Un droit mondialisé au service d'une ambition globale

Quand la Chine découvre les vertus de la mondialisation du droit

M. Mahmoud MOHAMED SALAH
Professeur des Universités, Avocat

Communication au
Colloque « Chine-Afrique-Europe »
Paris, 20 Novembre 2019

SOMMAIRE

1- Introduction : Le droit et les Nouvelles Routes de la Soie : une problématique complexe

- 1-1. Les Nouvelles Routes de la Soie : un projet titanesque multidimensionnel
- 1-2. Un projet dont l'ampleur et la nature commandent le recours au droit
- 1-3. Un projet dont l'organisation juridique pose de nombreux défis à la Chine
 - 1-3-1 Le défi lié à la conception traditionnelle du droit en Chine
 - 1-3-2 Le défi lié à l'insuffisant développement de l'Etat de droit en Chine
- 1-4. L'enjeu des choix juridiques de la Chine concernant les Nouvelles Routes de la Soie

2- L'arrimage du droit chinois à la mondialisation juridique

- 2-1. L'aménagement du régime du contentieux lié à la mise en œuvre de la BRI
- 2-2. L'ouverture du droit chinois au droit comparé et aux principes et usages du commerce international

3- L'utilisation des opportunités de la mondialisation juridique pour influencer et redéfinir les règles de la globalisation

- 3-1. L'utilisation des opportunités de la mondialisation juridique pour renforcer la présence et la puissance des entreprises chinoises
- 3-2. L'exportation des standards, des normes et des valeurs d'origine chinoise

4- Conclusion : La place du droit et des valeurs universelles dans la voie chinoise de la mondialisation

1- **INTRODUCTION : Le droit et les Nouvelles Routes de la Soie : une problématique complexe**

1-1. Les Nouvelles Routes de la Soie : un projet titanesque multidimensionnel

1- Depuis son lancement, en Septembre 2013, par le Président chinois Xi Jinping, à l'occasion de son discours à l'Université Nazerbaev d'Astana, l'initiative du projet pharaonique des Nouvelle routes de la Soie n'a cessé de gagner en importance dans le discours et dans la pratique des Autorités politiques chinoises, au point de s'élever au rang d'un mythe au sens sorélien du terme, devenu l'un des symboles forts de la renaissance de l'Empire du Milieu.

L'initiative revêt désormais une dimension quasi-planétaire par son étendue géographique et une dimension globale par son étendue sectorielle.

Au plan géographique, il s'agit de connecter la Chine à l'Europe et au Moyen-Orient mais aussi à l'Afrique et à l'Amérique Latine par de multiples canaux¹.

Initialement nommé « One Belt one Road » (OBOR), le projet Ceinture et Route (Belt and Road Initiative) (ci-après BRI) couvre à la fois « la ceinture formée de six corridors terrestres (qui) relie la Chine à l'Europe via l'Asie centrale » et « la route maritime qui relie la Chine à l'Afrique de l'Est et à la Méditerranée »².

A travers ces deux voies, terrestre et maritime³, la BRI poursuit la réalisation d'un programme massif d'infrastructures, incluant des chemins de fer, des autoroutes, des ports, des aéroports, des oléoducs, des centrales électriques mais comportant également une dimension immatérielle⁴.

2- Elle propose « un maillage ferroviaire, portuaire, numérique et énergétique aux pays qui y participent »⁵, dont le nombre ne cesse d'augmenter⁶, d'autant plus que le projet, de par

¹ - T. Gomart, L'affolement du Monde. 10 enjeux géopolitiques, éd. Tallandier, 2019, s. p. 42.

² - V. Les Nouvelles routes de la Soie, Le Point du 8 Août 2019, n°2449, s. p. 28-29 et la carte détaillée reproduite dans ces pages.

³ - Ces deux voies sont largement complémentaires. Comme le fait ressortir l'Etude que la CCI Paris Ile-de-France a réalisée sur les Nouvelles routes de la Soie, « la voie maritime vise à faciliter les échanges économiques et commerciaux entre l'Asie, l'Europe et l'Afrique en réduisant le coût et la durée du transport car, aujourd'hui, l'important est d'être au plus près du client et de partir de ses besoins/usages. La voie ferroviaire porte sur le développement de l'infrastructure et des services logistiques entre l'Europe et les provinces chinoises de l'Ouest avec les trains à conteneurs et une offre de transport plus rapide que la voie maritime et moins chère que l'avion » (V. citée par A. Eygreteau, Nouvelles Routes de la Soie et Entreprises françaises. Entrer dans une logique de « Coopétition », CCI PARIS ILE-DE-FRANCE, 2019, s. p. 4

⁴ - Comme on a pu le relever, depuis 2013, « au développement des infrastructures de transport se sont ajoutées d'autres secteurs : nouvelles technologies de l'information et de la communication, e-commerce, finance, espace, tourisme, justice, douane, police, éducation, culture, parmi d'autres » (V. A. Ekman (dir), La France face aux Nouvelles Routes de la Soie, 2018, s. p. 23). Comme le souligne l'Etude de la CCI Paris Ile-de-France (citée en note 3), « la voie digitale vise à installer des infrastructures numériques pour créer et densifier les flux et surpasser les réseaux existants en vue de créer un marché global dans lequel la Chine pourrait imposer ses propres normes ».

⁵ - T. Gomart, ouvrage précité, s. p. 42.

⁶ - Ils sont déjà au moins « 60 pays rassemblant 70% de la population mondiale et dont les économies agrégées représentent 55% du PIB mondial » (R. Guillaumond, Les enjeux juridiques des Nouvelles routes de la Soie, RDAI, 2019, 2 qui cite le rapport d'information n°520 (2017-2018) du Sénat français. D'autres sources, chinoises pour l'essentiel, avancent le chiffre de 100 pays qui auraient déjà donné leur accord pour participer à l'initiative.

sa plasticité sert de label à de nombreux accords bilatéraux ou régionaux et même à de simples accords avec des entreprises privées⁷.

Un chiffre résume à lui seul l'ampleur des investissements que la BRI implique pour la Chine. Selon la Banque Morgan Stanley « les investissements cumulés dans les pays des Routes de la Soie dépasseront 1200 milliards de dollars d'ici à 2027 »⁸.

C'est qu'à travers la BRI, la Chine vise à offrir de nombreux débouchés à ses entreprises⁹ qui voient ainsi leur puissance économique et technique décuplée¹⁰, à faciliter (par la contraction des distances) l'exportation de ses biens manufacturés, à sécuriser ses sources d'approvisionnement énergétiques mais aussi à répondre aux besoins de développement économique des pays en développement ou émergents, d'Asie, d'Afrique, d'Europe et même d'Amérique Latine¹¹.

Au-delà, il semble évident qu'avec ses retombées mondiales, elle emporte comme conséquence l'extension notable de l'influence politique et géostratégique de la Chine. Les « Chinois ne s'en cachent plus. La BRI devrait leur permettre d'ici le Centenaire de la Révolution en 2049, d'atteindre le statut de première puissance mondiale »¹².

3- L'initiative « marque le passage d'une politique étrangère prudente, progressive et à finalité régionale à une politique proactive, multisectorielle et à finalité globale »¹³. II

⁷ - Comme le relève S. Falletti, « Aux quatre coins de l'Europe, chaque projet financé par le secteur public ou privé – un pont, une autoroute, une conférence universitaire ou même une incubation de start-up est affublée du logo passe-partout de la BRI. Ce sésame devient essentiel pour arracher des fonds publics. Même les multinationales ou chefs de gouvernements en visite en Chine truffent leurs discours de références à la BRI pour mieux flatter la deuxième économie mondiale, lorgnant sur son énorme marché et ses investissements » (Le Point, 2449, numéro du 8 Août 2019, précité ; s. p. 30). Dans le même sens, M. Foucher (V. « L'Euro-Asie selon Pékin », politique étrangère, 2017, 1, p. 99-113, s. p. 102) souligne que la BRI englobe « des projets nationaux antérieurs ou indépendants en leur offrant un label et des financements favorisant une convergence avec les intérêts chinois ».

⁸ - citée par Le Point, numéro précité du 08 Août 2019, s. p. 28.

⁹ - notamment « les grands groupes de construction étatiques », comme les entrepreneurs « en quête de nouvelles frontières à l'heure de l'essoufflement de croissance » (Le Point, numéro du 08 Août 2019, op.cit., s. p. 30).

¹⁰ - Ph. Du Fresnay, La Nouvelle route de la Soie : initiative économique ou alternative géopolitique, RDAI / IBLJ, n°6, 2016, p. 573-588, s. p. 575-579, qui relève que la BRI a permis, par exemple, aux entreprises chinoises de contrôler de fait un quart de la production pétrolière du Kazakhstan, citant au passage « la décision du fonds souverain China Investment Corporation d'influer sur un vote de la Compagnie pétrolière nationale KazMunayGas dont l'usine allait à l'encontre des intérêts de Pékin ».

¹¹ - A vrai dire, la majorité des infrastructures construites ou en voie de construction « sont en cohérence avec les objectifs économiques intérieurs, en particulier l'ouverture des provinces les plus pauvres du pays, mais aussi la recherche de nouveaux marchés à l'étranger, pour les secteurs en situation de surcapacité en Chine (ciment, acier, charbon, etc.)... (Par ailleurs) avec le renforcement des réseaux transfrontaliers de communication, les produits chinois peuvent être acheminés vers les marchés européens par voie terrestre, une voie plus rapide que la voie maritime » (A. Ekman (dir), La France face aux Nouvelles route de la Soie, s. p. 21).

¹² - G. Baker, Les recettes chinoises pour conquérir le monde, d'ici 2049 ; Il faut cependant nuancer cette appréciation. Officiellement, les Chinois se gardent d'afficher toute volonté d'extension de leur influence. Au contraire, l'accent est uniquement mis sur les avantages mutuels que la Chine et les pays qui participent à la BRI peuvent retirer de cette initiative, « dans le cadre d'une communauté de destin, pour bâtir un monde de paix et de prospérité partagée ». Selon le Vice ministre des Affaires étrangères de la République Populaire de Chine, la « Chine n'est pas une hyper-puissance » et n'a aucune volonté d'hégémonie, parce qu'elle « s'est développée différemment des puissances traditionnelles, en suivant les voies du socialisme à la chinoise ». La BRI s'inscrirait plutôt dans le cadre des constructions promues par la Chine pour relever le défi du monde nouveau : « primauté de la paix », « harmonie dans la diversité », « gouvernance planétaire » (Jeune Afrique, numéro en ligne du 01/08/2019).

¹³ - T. Gommart, ouvrage précité, s. p. 42 ; dans le même sens, Ph. Du Fresnay écrit : « La Route de la Soie illustre la réorientation de la politique extérieure de Pékin tournée d'une approche réactive vers une approche proactive » (V. Article précité, s. p. 576).

ne s'agit ni plus ni moins que d'un projet stratégique visant à reconfigurer la mondialisation conformément aux intérêts chinois.

1-2. Un projet dont la nature et l'ampleur commandent le recours au droit

- 4- La BRI ne peut être menée à bien sans un encadrement juridique adéquat pour trois raisons au moins.

La première est relative à son ampleur économique. **L'importance des fonds mobilisés par les banques chinoises ou affiliées à la Chine¹⁴, l'implication sans précédent des entreprises chinoises qui réalisent l'essentiel des infrastructures prévues le long des Nouvelles routes de la Soie font naître du côté chinois un besoin impérieux de prévisibilité et de calculabilité qui ne peut être satisfait que par le droit. Celui-ci est en effet un « réducteur d'incertitude ». Ses normes fournissent des modèles de conduite qui, en délimitant le domaine du permis et du défendu et en précisant l'étendue des droits et des obligations de chacun, permettent aux sujets de droit, dont les agents économiques, de prévoir avec une relative certitude les conséquences juridiques et économiques de leurs comportements et de leurs activités. Selon que le cadre juridique est bien ou mal maîtrisé, les coûts de réalisation de la BRI peuvent diminuer ou au contraire augmenter.**

Le besoin de prévisibilité existe aussi du côté des pays récepteurs des financements chinois (qui sont constitués de prêts et non de dons) dont la capacité de remboursement est quelquefois limitée¹⁵. Il existe également du côté d'autres intervenants : entreprises partenaires ou sous-traitantes, banques locales ayant émis des garanties, etc.

- 5- La seconde raison est liée à la nature, à la complexité et à l'enchevêtrement des projets à réaliser dans le cadre de la BRI.

La BRI ce sont des multitudes de projets de nature diverse étalés sur des territoires nationaux différents, avec des systèmes juridiques ressortissant à des familles de droits différentes. C'est aussi une multitude d'opérations économiques de nature juridique différente puisqu'elles vont de la construction d'infrastructures ferroviaires ou de centrales électriques (clé en main) en passant par l'exploitation de lignes ferroviaires ou maritimes, l'assistance à l'exploitation et la maintenance avec aussi une variété d'intervenants revêtant diverses formes juridiques, pouvant du reste évoluer (avec les fusions-absorption entre sociétés chinoises et sociétés locales...).

¹⁴ - La BRI est principalement financée par des banques chinoises, les policybanks (China Development Bank et Eximbank), les banques commerciales d'Etat chinoises et le Fonds des Routes de la Soie qui participe au financement sous forme d'Equity financing. Il faut également mentionner la Banque Asiatique pour les Infrastructures (BAII) créée en 2014 dont la Chine est le premier actionnaire et, enfin, la Nouvelle Banque de Développement ou banque des BRICS.

¹⁵ - Les institutions financières internationales - et notamment le FMI - s'inquiètent d'ailleurs des risques d'aggravation du surendettement de certains pays liés à la BRI dans la mesure où la viabilité économique des projets financés est quelquefois douteuse. On évoque à cet égard le cas du Laos qui se serait endetté pour la réalisation d'un projet dont le coût est estimé à 7 milliards de dollars « soit deux fois plus que le budget annuel du gouvernement laotien » et « l'exemple à ne pas suivre du Sri Lanka qui, n'ayant pu rembourser sa dette née de la construction d'un nouveau port en eaux profondes à Mambantota, a du accepter l'offre chinoise d'un bail emphytéotique au terme duquel il cède aux deux entreprises chinoises qui étaient en charge de la construction du port, « 70% du contrôle du port (gestion commerciale et administrative) en sus des terrains (60 kilomètres carrés pour construire une zone industrielle nécessaire à l'activité portuaire » (S. Boisseau du Rocher, E. Dubois de PRisque, La Chine e(s)t le monde. Essai sur la sino-mondialisation, Odile Jacob, 2019, s. p. 86-87, qui cite d'autres exemples.

La Chine a un intérêt évident à s'assurer que la multiplicité et l'hétérogénéité des ordres juridiques concernés et des réglementations nationales théoriquement applicables ne vont compromettre ou compliquer la réalisation de la BRI.

- 6- La troisième raison est la dimension stratégique de la BRI, qui est, comme on l'a évoqué, un « instrument de redéfinition des règles de la mondialisation » et d'extension de l'influence politique de la Chine.

Cette dimension suppose que la Chine soit non seulement une puissance économique, militaire et diplomatique mais également une « puissance juridique », c'est-à-dire, un pays doté d'institutions, de techniques et d'outils juridiques capables d'encadrer le projet qu'il a initié. Il s'agit, en plus de drainer les fonds nécessaires, de nouer les arrangements appropriés avec les Etats concernés et de mobiliser les moyens techniques et technologiques, à travers ses entreprises et leur savoir-faire, de pouvoir mettre en place un droit adapté à ce projet de connectivité à l'échelle mondiale. Le droit est aussi un support et un vecteur de la mondialisation. Pour un projet de l'ampleur de la BRI, la Chine était en quelque sorte sommée de montrer que la dimension juridique était aussi prise en compte et que l'encadrement juridique conçu pouvait relever les défis qu'impliquaient la complexité et l'enchevêtrement des acteurs, des opérations et des Etats concernés par la réalisation du projet.

- 7- **Cet encadrement commence par une entente entre la Chine et chacun des pays qui se joint à l'initiative** : il s'agit le plus souvent d'un accord-cadre (quelquefois réduit à sa plus simple expression) « matérialisant le soutien politique du pays considéré à la BRI »¹⁶ pouvant déboucher sur des accords commerciaux ou d'investissement (ces accords existaient d'ailleurs déjà avec plusieurs pays, depuis que la Chine s'est convertie au libre échange) qui ouvriront le marché aux entreprises chinoises et d'accords de prêt avec l'une des institutions qui financent les projets rattachées à la BRI¹⁷.

Mais l'accord d'un Etat pour s'intégrer à la BRI et le contrat de prêt pour la mobilisation des fonds en vue de la réalisation du volet infrastructurel concerné ne sont qu'une étape.

Il faut, ensuite, passer à la réalisation proprement dite des infrastructures. **Cette seconde étape concerne les rapports entre l'Etat-hôte et les entreprises souvent chinoises. Elle met en jeu la réglementation nationale de chaque pays et notamment ses lois de police, qu'il s'agisse de la réglementation des marchés publics, de la réglementation de la concurrence, des lois environnementales ou de la législation sociale.**

Il faut également prendre en compte la réglementation des douanes dans la mesure où la réalisation des infrastructures passe par l'importation par les entreprises chinoises attributaires des marchés d'équipements, de technologies et de produits divers. Il faut, enfin, tenir compte des règles régissant les contrats que ces entreprises peuvent être amenées à passer avec les intervenants locaux.

- 8- Quelquefois, les contrats de construction d'infrastructures clé en main (comme les centrales électriques ou les ports, pour ne citer que ces exemples) peuvent aussi se référer à un droit non-étatique et notamment au Yellow Book ou au Silver Book de la FIDIC, élément d'un droit transnational¹⁸ de la construction¹⁹, renvoyant à l'arbitrage CCI en cas

¹⁶ - V. l'étude du Trésor français, Les Nouvelles routes de la Soie, Trésor-éco N°222, Octobre 2018.

¹⁷ - L'encadrement bilatéral comprend aussi la négociation et la conclusion d'un plan d'action comprenant le ou les projets à réaliser sur le territoire du pays hôte.

¹⁸ - V. A. Bennani, Les contrats FIDIC, thèse, Montpellier, 2015.

de litige non résolu à l'amiable. **Aussi, peut-on voir la formation d'un ensemble contractuel très complexe dans lequel les contrats de prêts (entre l'Etat hôte et la banque chinoise) sont soumis au droit chinois et l'arbitrage CIETAC, tandis que le contrat de construction conclu entre l'Entreprise chinoise et l'Etat-hôte est régi dans ses Conditions générales par l'un des livres de la FIDIC et par le droit national de l'Etat-hôte. Quant aux garanties bancaires exigées de l'entreprise chinoise, elles peuvent, selon l'état du rapport de force prévalant au cours des négociations contractuelles, être soumises tantôt au droit et aux juridictions de l'Etat-hôte, tantôt au droit chinois et à l'arbitrage de la CIETAC (en particulier si les garanties sont émises par une banque chinoise), tantôt au droit et aux tribunaux d'un Etat tiers.**

La maîtrise de ces variables est d'autant plus compliquée que le contenu des réglementations nationales qui peuvent interférer est changeant.

9- L'idéal du côté chinois eût été de pouvoir imposer un droit uniforme qui s'appliquerait tout au long des Nouvelles routes de la Soie, un droit qui ne serait pas entravé par la discontinuité spatiale inhérente à la division du monde en Etats territoriaux, c'est-à-dire, souverains. **Mais aussi bien les éléments de langage véhiculés par la République Populaire de Chine, qui tous se réfèrent à un « nouveau type de relations internationales, basées sur le respect mutuel, l'équité, la justice et la coopération gagnant-gagnant... » que la pratique chinoise et le rapport de force général font que cette voie qui serait celle d'une mondialisation impériale voire impérialiste²⁰ ne pouvait pas en l'espèce être empruntée²¹.**

10- **C'est donc une autre approche qui a prévalu. La Chine s'est inscrite dans la mondialisation juridique en cours, celle qui résulte d'une mise en concurrence généralisée des systèmes juridiques nationaux²² pour la promotion d'un droit globalement attractif pour les opérateurs économiques, un droit impliquant la mise en place d'un cadre juridique ouvert et transparent, avec une justice offrant notamment les garanties d'indépendance, d'impartialité, d'intégrité et de professionnalisme et qui fait place aux modes alternatifs de règlements des différends : arbitrage, médiation et conciliation. Il importait en l'espèce pour la Chine de montrer que son droit pouvait servir de cadre de référence pour les projets transfrontaliers qui se rattachent à la BRI et qu'il était apte à encadrer et à résoudre au mieux des intérêts de l'ensemble**

¹⁹ - Les contrats de construction de certaines centrales hydroélectriques par les entreprises chinoises conclus avec les Etats africains se réfèrent tantôt au Yellow Book tantôt au Sylver Book de la FIDIC dont certaines clauses peuvent être aménagées dans les conditions particulières.

²⁰- Voie qui a été adoptée dans une large par les Etats-Unis à travers un arsenal de lois à portée extraterritoriale (notamment la loi sur la corruption, le ForeignCorruptActPracties et les lois sur le viol des embargos, Helmes-Burton et D'Amato Kennedy pour ne citer que ces textes) qui peuvent frapper toute entreprise dans le monde, qui a un lien avec les Etats-Unis, ce lien pouvant quelquefois être caractérisé par l'usage du dollar dans une transaction effectuée en dehors du territoire américain. V. A. Laïdi, Le droit, nouvelle arme de guerre économique. Comment les Etats-Unis déstabilisent les entreprises européennes. Actes Sud. Questions de société, 2019. V. également, A. Garapon, P. Servau-Schreiber (dir), Deals de justice. Le marché américain de la désobéissance mondialisée, PUF, 2013.

²¹ - Par ailleurs, la Chine a, dans son histoire, notamment pendant ce qui a été appelé « le siècle des traités inégaux » (1842-1942), souffert elle-même, du principe d'extraterritorialité imposé par des puissances étrangères depuis les guerres de l'opium et en vertu duquel leurs ressortissants « échappaient dans les zones de concessions, aux emprises du droit chinois pour relever, en raison de leur personnalité de leur juridiction consulaire, elle-même protégée par les canonnières stationnant aux ports » (R. Guillaumond, Lu Jianping, Li Bin, Droit chinois des affaires, éd. Larcier, 2013, Préface M. Delmas-Marty, s. p. 25).

²² - V. sur ce point, M. Mahmoud Mohamed Salah, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux : Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation, RIDE, 2001, n°3, p. 251-302.

des parties concernées les différends qui peuvent surgir à l'occasion de l'exécution de ces projets. Cela n'allait pas cependant de soi en raison de nombreux défis à surmonter.

1-3. Un projet dont l'organisation juridique comporte de nombreux défis pour la Chine

1-3.1. Le défi lié à la conception traditionnelle du droit en Chine

11- La tradition chinoise, héritière de Confucius, considère que « l'idée de droits subjectifs que les lois engendrent infailliblement est contraire à l'ordre naturel des choses » et que « quelque chose est pourri dans la société dès que l'individu s'avise de parler de droits »²³.

Selon R. David, une légende, remontant à la Chine ancienne, voudrait que le droit fût inventé par « un peuple barbare, les Miao au temps du sage Shun (XXIII^{ème} siècle avant J.C) que Dieu extermina »²⁴ Aussi, pour les Chinois le droit était uniquement bon pour « ceux qui n'ont aucun souci de la morale et de la société (comme) les criminels incorrigibles, les peuples allogènes aussi et les étrangers qui ne participaient pas aux vues de la civilisation chinoise »²⁵.

Il n'est en tout cas guère douteux que l'influence « grande et durable de Confucius, le Socrate chinois »²⁶ a eu pour effet de minorer le rôle du droit en mettant en avant l'impératif d'harmonie, tant entre « les hommes et la nature qu'entre les hommes eux même » avec comme conséquence le placement au premier plan (des idées) « de conciliation et de recherche du consensus » et partant, la nécessité d'écarter « toute condamnation, toute sanction », les contestations devant dans cette optique "être dissoutes plutôt que résolues ou tranchées"²⁷.

12- Cette aversion pour le droit constitue le legs de l'école des rites qui, par ailleurs, fonde les recettes de la bonne Gouvernance sur la vertu des gouvernants et non sur leurs compétences.

Pourtant, à côté de cette école qui a promu « le passage de la Chine de sa culture archaïque à sa culture classique », est très tôt apparu une autre école, dite des légistes, préconisant d'organiser l'ordre social sur la base de la loi et notamment de la loi pénale »²⁸. Certains sinologues contemporains, rompant avec l'historiographie conventionnelle d'une Chine longtemps dominée par l'absence de droit, vont jusqu'à faire de celle-ci le berceau de l'éclosion du droit moderne. C'est ainsi que pour J. Bourgeon, le principe de la légalité des délits et des peines qui est à la base du droit pénal moderne "avait déjà cours dans l'empire chinois, au moins depuis les Tang, c'est-à-

²³ - R. David, Précis des grands systèmes de droits contemporains, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1965, p. 531.

²⁴ - R. David, les grands systèmes de droit contemporain, 4^{ème} éd., Dalloz, s. n° 482, p.543, note 1.

²⁵ - Ibid.

²⁶ - M. Granet, la pensée chinoise, la Renaissance du livre, 1934, avant-propos, p. XII.

²⁷ - R. David, ouvrage précité, 4^{ème} éd. s. n°481, l'auteur ajoute « cette manière d'envisager les choses conduit les Chinois à considérer avec une extrême réticence notre idée du droit, vue tout ce qu'elle a de rigoureux et d'abstrait ».

²⁸ - L. Vandermeersch, Ce que la Chine nous apprend – éd. Gallimard 2019, s. p.85-88, qui rapporte la réaction désolée de Confucius à la première codification pénale de Jin en 513 avant J.C, en ces termes : « voilà la perte de Jin (...) le peuple s'en rapportera au code, pourquoi respecterait-il encore l'aristocratie ? Ce sera la disparition de la distinction des conditions aristocratique et roturière; que restera-t-il pour constituer la structure de l'Etat ? ».

dire treize ou quatre siècles avant J.C. »²⁹. Mais comme l'observe M. Delmas Marty, cette relecture renvoie davantage à la « légalité qu'à la garantie judiciaire » et il semble vain de vouloir transposer les concepts issus des systèmes juridiques modernes « dans la chine impériale ou régnait le gouvernement par les hommes » (Renzhi) par opposition au gouvernement par les lois (Fazhi), le filet de la loi n'ayant qu'un statut utilitaire, même si on ne pouvait s'en passer »³⁰.

En fait, si l'on peut trouver dans la chine ancienne des lois, des codes et donc du droit, il s'agissait pour l'essentiel de textes produits par des légistes « dont les préoccupations ont pour objet essentiel la stabilité de l'ordre social et l'unité de l'Empire, ce qui explique que les lois en cause soient essentiellement des lois administratives et répressives. Elles ignorent le droit privé et en particulier le droit de la famille, le droit des contrats, le droit de la responsabilité, dont les règles relèvent, pour l'essentiel de coutumes formalisées »³¹.

On reste en tout cas loin de l'idée moderne selon laquelle « une société bien ordonnée est une société régulée par le droit »³².

1-3.2. Le défi lié à l'insuffisant développement de l'Etat de droit en Chine

13- L'idée d'Etat de droit n'apparaîtra en Chine, de façon quelque peu incidente, que vers la fin du XIX siècle, chez les premiers mouvements réformistes qui se constituent à la faveur de l'affaiblissement de l'Empire et qui contribueront à relancer le débat sur la modernisation du droit chinois avec l'avènement de la République en 1912 et plusieurs années après, avec la publication du code civil de 1930³³.

La proclamation de la République Populaire de Chine, en 1949, mettra fin à cette évolution, le nouveau régime cherchant, d'abord, l'inspiration du côté de l'URSS (dont la constitution va servir de modèle à la constitution chinoise de 1954) avant « de s'épuiser dans les luttes politiques incessantes qui seront destructrices pour le droit et pour les juristes »³⁴.

²⁹- J. Bourgon, principe de légalité et règle de droit dans la tradition juridique chinoise, in M. Delmas-Marty et P-E. Will, la chine et démocratie, Fayard, 2007, p157-174, s. p 159, ajoutant que ce principe « pourrait bien être une des inventions majeures de la civilisation chinoise en matière institutionnelle », illustrant son propos par l'apparition de codes publiés, dès le début de l'empire, prévoyant avec précision les peines applicables.

³⁰- M. Delmas-Marty, Le laboratoire chinois, in la chine et la démocratie, p. 803-836, s. p. 805 et p. 809.

³¹- R. Guillaumond, Lu Jian Ping, Li Bin, Droit chinois des affaires, éd. Larcier 2013, préface M. Delmas-Marty, p. 21, V. également, G. Farjat, Pour un droit économique, PUF, collection « les voies du droit », 2004 s. p. 36.37, sur l'affrontement entre les légistes et les confucéens, au III^{ème} avant J.C, à propos de la bonne réponse à apporter à la pénurie qui venait de frapper l'empire. Les premiers « voulaient légiférer pour organiser la production et répartir la richesse (le droit économique de l'époque) les seconds préféraient s'en remettre aux sages », pour développer l'éducation qui discipline les appétits afin de faire régner l'harmonie sociale. Les confucéens et surtout les mandarins, « la bureaucratie céleste » l'emporteront au final.

³²- B. Oppetit, Droit et modernité, PUF, 1989.

³³- Comme l'observe cependant J.Bourgeon, « même après la publication du code civil de 1930, la question de l'édification d'un droit privé chinois est loin d'être réglée (...) ». Il y'a loin de la formation d'une étroite communauté de juristes occidentalisés à la pénétration du droit dans la société (l'émergence d'une communauté de juristes à la fin de l'Europe (1740-1930) in La chine et la démocratie) p177 – 194, s. p. 194.

³⁴- R. Guillaumond, Lu Jian Ping, Li Bin, Droit chinois des affaires, s. p. 31 qui notent « Dès la fin du mouvement des cent fleurs (1957), l'heure est au dépérissement du droit et à la marginalisation des institutions juridiques. La profession d'avocat, celle-ci étant au demeurant peu représentée, est supprimée en 1957. Le ministère de la justice disparaît en 1959. Les écoles de droit, déjà limitées à quelques universités sont fermées en 1967. Les juges sont marginalisés, les tribunaux démantelés sauf en matière pénale. Les lois et règlements, peu nombreux, sont rarement publiés; toutes les activités (individuelles, familiales, sociales, économiques, etc.) sont marquées de manière profondément idéologique et sont régies par une administration soucieuse de la mise en œuvre de la politique du PCC. L'ordre social doit régner, en conséquence de quoi tout conflit (personnel,

Tirant des dogmes marxistes leurs conséquences extrêmes, la révolution culturelle mettra en œuvre la « théorie du dépérissement du droit », (celui-ci étant associé à la classe bourgeoise), en décimant les juristes³⁵. Cette période fut également une période de relatif isolement pour la chine³⁶ et de stagnation économique. Aussi, à la mort du fondateur de la République populaire, en 1976, la chine s'est-elle délibérément engagée sous la férule de Deng Xioping dans la fameuse politique dite « de réforme et d'ouverture » (gaige kaifang) qui, en même temps qu'elle faisait prendre au pays le tournant copernicien par lequel il allait progressivement s'intégrer à l'économie internationale et devenir, en moins de trois décennies, un pôle majeur de la mondialisation qui se construisait, lui a permis de renouer avec le droit.

- 14- Dès son discours fondateur, du 13 décembre 1978, annonçant « la politique d'ouverture, Deng Xioping invitait la chine à créer des lois et en à améliorer tant la qualité et la quantité que « l'impact réel afin de contribuer à la stabilité de la société »³⁷ renvoyant dans l'univers des reliques idéologiques le « concept de droit de classe » et la conception marxiste du droit, selon laquelle, celui-ci est uniquement un instrument de la domination bourgeoise »³⁸.

Illustrant le nouveau cap juridique, l'article 5-1 de la constitution adoptée le 4 décembre 1982, dans sa version issue de la réforme constitutionnelle de 1999, dispose que la RPC gouverne le Pays selon la loi et que la chine est un pays socialiste gouverné par la loi.

Comme le souligne R. Guillaumond, depuis ce tournant, « le droit reste l'un des outils majeurs 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 investissements étrangers et ratifiant rapidement un grand nombre de conventions internationales »³⁹.

- 15- L'idée « selon laquelle la construction d'une économie de marché implique l'élaboration d'un système juridique adapté » qui a commencé, à avoir de nombreuses traductions, dans les années 1990 y compris sur le terrain constitutionnel⁴⁰ a été renforcée par l'adhésion de la chine à l'OMC.

En effet, le protocole d'accession de l'empire du milieu à l'Organisation Mondiale du Commerce implique à la charge du premier des obligations draconiennes, souvent lourdes de conséquences, du point de vue de réformes juridiques et judiciaires à réaliser. Au

familial, social) vivement réprouvé est réglé par un système généralisé de contrôle social qui, sous couvert de médiation, est présent à tous les étages de la vie sociale ».

³⁵- Avocats et Magistrats

³⁶- Même s'il faut s'empresse de nuancer ce propos en se rappelant qu'en 1971, la chine populaire prend la place de Taiwan au conseil de sécurité et que les rapports avec l'occident (qui jouait alors la chine contre l'URSS) ont commencé à s'améliorer.

³⁷- Cité par S. Balme, juridisation du politique et politisation du juridique dans la chine des reformes (1978-2004), in, La chine et la démocratie, p577-615, s. p 588.

³⁸- Ibid.

³⁹- R. Guillaumond, les juristes chinois dans la mondialisation, à paraître in Monde Chinois

⁴⁰- S. Balme, étude précitée, in la chine et la démocratie s. p. 590-591 qui cite les nombreux « amendements constitutionnels (ayant reflété quasi exclusivement le changement d'orthodoxie en matière économique : diversification des droits de propriété (1988), établissement d'une économie socialiste de marché (1993) ; acceptation, dans les limites définies par la loi et sur la base d'un contrôle étatique fort, de l'économie individuelle et semi privée (art, 11, 1999), et reconnaissance des droits de la propriété privée ».

terme de ce protocole, outre les réformes économiques, la Chine se doit notamment de prendre les mesures visant à assurer « l'application uniforme du droit contre le protectionnisme légal », « la garantie la transparence de son système juridique » et la mise en place un contrôle juridictionnel efficient des actes de l'administration⁴¹.

16- Le bilan des réformes entreprises par la République populaire de Chine, tout en étant conséquent⁴², reste cependant en deçà « de ce que laissait espérer, en 1978 la conversion des nouveaux dirigeants de la Chine au rôle déterminant du droit dans la nouvelle gouvernance de la Chine (et) des engagements pris par (celle-ci) en matière juridique et juridictionnelle aux termes du protocole de son accession à l'OMC⁴³.

Les réformes intervenues – si elles ont permis « une progressive et relative autonomisation du droit par rapport au politique, ouvert à la Chine la porte de l'OMC et favorisé l'intégration de son économie à l'économie – monde »⁴⁴, n'ont pas vraiment changé la nature des rapports entre le droit et le politique⁴⁵.

Si leur multiplicité a fait de la Chine « un Etat de lois », elle ne l'a pas pour autant transformée en « Etat de droit »⁴⁶, lequel suppose la séparation des pouvoirs et la soumission de l'Etat à certains principes jugés fondamentaux⁴⁷.

1-4. L'enjeu des choix juridiques de la Chine concernant la BRI

17- L'enjeu pour la Chine est aujourd'hui de convaincre les parties concernées que les choses ont changé ou sont en train de changer et qu'elle met en place les éléments d'un Etat de droit en matière économique, suffisamment attractif pour constituer un cadre apte à régir

⁴¹- L. Choukroune, l'accession de la Chine à l'OMC et la réforme juridique : vers un Etat de droit par l'internationalisation sans démocratie ? in La Chine et la démocratie, p617-661.

⁴²- V. le tableau dressé par R. Guillaumond (dans son étude précitée à paraître in monde chinois 2019) : adoption, en Mars 2000, d'une loi définissant la répartition des pouvoirs normatifs, précisant la hiérarchie des normes juridiques, leur interprétation et la publicité des textes normatifs, modification presque à la même date de la constitution pour y intégrer une nouvelle disposition proclamant que l'Etat respecte et protège les droits de l'homme » (article 33 alinéa 3) adoption depuis 2001, de plusieurs lois visant à améliorer la professionnalisation des juges (modification des modalités de leur recrutement et de leur avancement), adoption en 2006 d'une loi relative à l'organisation de la justice dont l'objectif est d'accroître l'efficacité du travail juridictionnel, adoption en 2002, d'une nouvelle loi sur les avocats passés, depuis 1996, du statut de travailleur de l'Etat au statut de travailleur juridique au service de la société etc. Au total, conclut l'auteur: « la Chine dispose d'un système judiciaire complet composé d'environ 3600 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 cent institutions d'arbitrage complètent cette construction, trois ou quatre d'entre-elles disposant d'une activité réellement internationale ».

⁴³- ibid

⁴⁴- Cabestan, Politique et Sociétés, Vol 25, Numéro 2-3-2006, p. 105-119. Pour cet auteur, le développement progressif de la Chine « a été marqué par au moins trois étapes fondamentales : les années 1980, qui furent celles du renouveau d'un droit socialiste en tant que branche du savoir ainsi que cadre structurant des échanges avec l'étranger et du contrôle social ; les années 1989-1996, au cours desquelles le droit chinois s'est peu-à-peu modernisé, notamment dans le domaine du droit économique, tout en demeurant clairement subordonné au politique ; et, depuis 1997, sous le double impact de la perspective de l'entrée en Chine dans l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et de la plus grande ouverture et automatisation de la société, la réforme juridique est entrée dans une nouvelle phase au cours de laquelle les autorités de Pékin ont désormais pour ambition affichée à la fois la mise en place d'un Etat socialiste de droit et la réduction du fossé qui existe entre la Chine et l'étranger, tant en ce qui concerne les normes juridiques que le fonctionnement de la justice ».

⁴⁵- V. S. Balme, étude précitée, in La Chine et la démocratie, s. p 588 qui souligne d'ailleurs que « le renouement avec le droit et la légalité à partir de la fin des années 1970 » a pour objet non pas de limiter, mais bien de renforcer l'autorité de l'Etat ébranlée par la révolution culturelle ».

⁴⁶- J-P. Cabestan, Chine : Un Etat de lois sans Etat de droit, Revue Tiers Monde, 1996, p. 649-668.

⁴⁷- V. J. Chevallier, L'Etat de droit, Problèmes économiques et sociaux, n°898, La Documentation française, Mars 2004.

les projets transfrontaliers liés à la BRI. **Il s'agit plus précisément de faire du droit chinois « un produit juridique compétitif »** que les Etats et les opérateurs concernés, utilisant les techniques classiques du droit international privé et notamment la loi d'autonomie (consacrée par la loi chinoise sur le droit international privé de 2010 et par la quasi-totalité des législations nationales) et les conventions internationales relatives à l'arbitrage international, auraient intérêt à choisir comme cadre de référence pour le règlement des litiges qui concernent la BRI.

18- Cette voie avait d'ailleurs déjà été explorée avant le lancement de la BRI⁴⁸.

A titre d'exemple, les contrats de prêt entre les banques chinoises et certains pays africains emprunteurs font généralement référence au droit chinois et à l'arbitrage de la Commission Internationale d'Arbitrage Economique et Commerciale de la Chine (CIETAC)⁴⁹.

Mais pour ce qui est de la BRI, les pays récipiendaires ne sont pas tous, ni même majoritairement des pays africains. Le projet est initié par la Chine qui incite les autres Etats à s'y joindre. Or, certains de ces pays peuvent nourrir des réserves à l'égard du système juridique chinois et notamment sur sa capacité à encadrer et à résoudre convenablement les différends qui peuvent surgir à l'occasion de l'exécution de tel ou tel contrat se rattachant au Projet.

Consciente de ses handicaps en la matière, la Chine a adopté une série de mesures de nature à rendre son droit plus attractif.

19- **Il est ici intéressant de souligner que si ces mesures concernent spécialement le règlement des différends liés à la BRI, elles viennent aussi sceller l'arrimage du droit économique chinois à la mondialisation juridique. De ce point de vue, elles illustrent de nouveau « la capacité de la Chine à intégrer les normes et les pratiques d'un (droit du) commerce globalisé »⁵⁰ en ouvrant et en adaptant son système juridique à la nouvelle donne.**

Mais l'apport de l'encadrement juridique des Nouvelles routes de la Soie en la matière va au-delà. La Chine ne fait pas que s'adapter à la mondialisation juridique en modifiant son droit en conséquence. Elle utilise, à son tour, les opportunités offertes par celle-ci pour étendre son influence et redéfinir les règles de la globalisation.

2- L'arrimage du droit chinois à la mondialisation juridique

⁴⁸ - Il reste que cette voie ne peut jamais régler la totalité des litiges liés à la BRI. Les litiges découlant des délits civils restent dominés par les localisations territoriales, V. L. D'Avout, L'entreprise et les conflits internationaux de lois, Les Livres de poche de l'Académie de droit international de la Haye, 2019, p. 182 et s.

⁴⁹ - Ainsi dans les accords de crédit que nous avons pu consulter entre l'EXIMBANK et certains pays africains, on trouve la clause d'*electiojuris* suivante : « Le présent accord ainsi que les droits et obligations des parties concernées y prévus sont régis et interprétés conformément aux lois en vigueur en Chine » ; on trouve également une clause compromissoire libellée ainsi qu'il suit : « Tout différend découlant du présent accord ou y relatif est réglé par voie de consultation.

A défaut d'un règlement par lesdites consultations, chaque partie se réserve le droit de soumettre le différend à l'arbitrage de la Commission Internationale d'Arbitrage Economique et Commerciale de la Chine (CIETAC). La procédure d'arbitrage est menée conformément aux règles d'arbitrage de ladite Commission en vigueur au moment de la demande d'arbitrage.

La décision arbitrale est définitive et a force exécutoire pour les deux parties.

L'arbitrage a lieu à Beijing ».

⁵⁰ - L. Choukroune, étude précitée, in La Chine et la démocratie.

- 20- **Prenant acte de l'existence d'un marché du droit et de la justice sur lequel les juridictions nationales se concurrencent, la Chine a entrepris de réformer son système juridictionnel pour attirer à elle le règlement des différends liés à la BRI. Elle l'a fait en accentuant l'autonomie et la spécificité du contentieux pouvant en découler, d'une part, et en affichant une plus grande ouverture au droit comparé et aux principes et usages du commerce international, d'autre part.** Il convient cependant de souligner que cet effort d'ouverture du système juridique chinois est doublement limité. En premier lieu, il ne concerne que les aspects de la mondialisation juridique qui touchent au droit économique. En raison des choix politiques du régime chinois et du cordon sanitaire maintenu entre les libertés économiques et les libertés politiques, le système juridique chinois demeure imperméable au mouvement de mondialisation des droits fondamentaux et, de façon générale, de l'Etat de droit⁵¹. En second lieu, et ceci est lié à cela, compte tenu de l'absence de séparation effective des pouvoirs en Chine, l'ouverture du droit est une ouverture impulsée et supervisée par les Autorités politiques, la Cour suprême comprise, en vue de réaliser les objectifs escomptés, à savoir, le règlement approprié des litiges liés à la BRI.

2-1. L'aménagement du régime du contentieux lié à la mise en œuvre de la BRI

- 21- La réforme la plus notable concerne la mise en place, en 2018, de chambres spécialisées en charge du règlement des différends commerciaux découlant de la BRI⁵², la première à Shenzhen et la seconde à Xian. L'objectif affiché est le règlement adéquat des litiges commerciaux internationaux au mieux des intérêts des parties chinoises et étrangères à

⁵¹ - J. Chevallier, Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation du droit ? in C-A. Moraud (dir), Le droit saisi par la mondialisation, éd. Bruylant, 2001, p. 37-61, s. p. 39-40, qui note que ce mouvement dont le socle s'est formé et progressivement enrichi autour de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 Décembre 1948 et des textes apparus dans son sillage a connu une nouvelle étape « au cours de la décennie 90 par un double mouvement d'élargissement et d'imposition : tandis que la protection des droits de l'homme se trouve inscrite dans une perspective plus large, illustrée par le triptyque « droits de l'homme – démocratie pluraliste – Etat de droit », cette problématique est devenue hégémonique par l'élimination des versions concurrentes ; la conception libérale des droits et libertés tend alors à s'imposer comme le soubassement nécessaire de l'ordre juridique étatique ». Pour ce qui est de la Chine, si elle a, dans le cadre des réformes entreprises pour l'accession à l'OMC, signé les Pactes onusiens de 1966, elle n'a ratifié que le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels. La non-ratification du Pacte relatif aux droits civils et politiques n'est pas anodine de ce point de vue. De même, si la réforme constitutionnelle de 2004 s'est traduite par une disposition au terme de laquelle « l'Etat protège les droits de l'homme », cela ne s'est accompagné d'aucune mesure visant à rendre « cette disposition justiciable ». On est loin de la constitutionnalisation des droits fondamentaux telle qu'on la connaît dans les Etats de droit. V. en ce sens, M. Delmas-Marty, Préface, Constitution, constitutionnalisation, in M. Delmas-Marty et R. Guillaumond (dir). La constitutionnalisation du droit en Chine et en France. Rétrospective, perspectives, prospective, éd. A. Pedone, 2017, p. 9-15, s. p. 13 qui écrit : « En Chine, le contrôle de constitutionnalité (a priori ou a posteriori) est quasi inexistant car il est confié au Bureau permanent de l'Assemblée Nationale (National People's Congress standing Committee, NPCSC) dont les membres sont directement choisis par le PCC ». V. du même auteur, La construction d'un Etat de droit en Chine dans le contexte de la mondialisation, in La Chine et la démocratie, p. 551-576 ; V. également, S. Balme, étude précitée, in La Chine et la démocratie, s. p. 608, qui écrit « Bien que la Constitution chinoise soit la loi fondamentale de la nation (guojia de genben dafa) et qu'elle soit dotée de l'efficacité légale du pays, dans la pratique judiciaire concrète en Chine, elle ne sert en aucune manière de base légale directe (Zhijie Falii) aux décisions des cours de justice » et p. 614, relevant que « l'idéologie qui a donné sens à l'Etat de droit part d'une méfiance à l'égard de l'Etat... pour protéger les individus, au contraire de la tradition et de la pratique politiques en Chine, où chaque individu est appréhendé comme un danger potentiel pour les institutions et pour le pouvoir ».

⁵² - Le Règlement portant création de ces Chambres, adopté le 25 Juin 2018 par la Cour suprême, est entré en vigueur le 1^{er} Juillet 2018.

travers l'établissement d'un cadre juridique stable, loyal et transparent en vue de favoriser le commerce international.

La compétence territoriale de ces juridictions est déterminée par référence à trois types de critères : celui de la nationalité des parties (la compétence des Chambres est établie lorsque l'une des parties ou les deux parties sont étrangères) ou celui de la résidence (l'une ou les deux parties ont leur résidence régulière en dehors du territoire chinois) ou enfin celui de la localisation de l'objet du litige ou des faits constituant la transaction commerciale (l'objet du litige est situé hors du territoire chinois ; les faits à la base de la relation commerciale ont lieu à l'étranger). Les critères utilisés sont suffisamment larges pour embrasser toute relation commerciale entre des parties égales (Le Règlement exclut les litiges entre Etats et investisseurs étrangers) présentant un élément d'extranéité.

Quant à la compétence matérielle, elle est, elle aussi, déterminée de manière très large.

Ces Chambres sont compétentes : en vertu d'un accord des parties⁵³ ou lorsque le montant du litige dépasse 300 millions de yuans, en vertu d'une décision de la Cour suprême⁵⁴ ou lorsque le litige a un impact important au niveau national.

22- La particularité de ces Chambres spécialisées qui les rattache à l'idée de magistrature économique tient, d'abord, à leur composition. Composées de juges seniors, rompus à la connaissance des règles et des coutumes internationales et à l'usage de langue de la globalisation, à savoir, l'anglais⁵⁵, ces Chambres sont supposées répondre au souci de professionnalisme de la justice commerciale mondialisée. Appliquant le droit chinois choisi par les parties, ou à défaut, celui désigné par les règles de conflit des lois prévues par la loi sur le droit international privé chinois, ces nouvelles Chambres se sont vu reconnaître une marge de liberté non négligeable en matière d'établissement des preuves, puisque les preuves recueillies à l'étranger peuvent être examinées à l'audience « sans passer par les procédures habituelles d'accréditation, authentification et légalisation », que lorsqu'elles sont en anglais, « elles peuvent être acceptées par les Chambres spécialisées sans être traduites en chinois » et, qu'enfin, les preuves par « les moyens de la technologie audiovisuelle et de communication sur le réseau Internet »⁵⁶, peuvent être examinées et acceptées.

23- Ces mesures illustrent pour l'essentiel la consécration du principe de la liberté des preuves qui se justifie en matière commerciale par l'impératif de rapidité, lequel serait compromis si l'on adoptait le formalisme rigoureux du droit civil.

Mais l'ouverture est ici d'autant plus notable qu'elle embrasse les preuves recueillies à l'étranger.

⁵³ - Les cas dans lesquels un tel accord est possible sont très larges.

⁵⁴ - qui peut autoriser les Chambres spécialisées à juger tout litige international ; Par ailleurs, les Chambres spécialisées sont compétentes lorsque la Cour suprême s'autorise à juger un litige de première instance que la Cour suprême leur a envoyé.

⁵⁵ - Comme le relèvent E. Vasseur et J. Bonysson, « L'anglais s'étant imposé comme la lingua franca » (« c'est-à-dire la langue du commerce international selon la définition d'Antoine Furetière »), les plaideurs se sont naturellement tournés vers Londres pour soumettre leurs litiges à la juridiction anglaise. Les juridictions anglaises ont ainsi longtemps saisi l'intérêt de développer ce type de contentieux et fait le nécessaire pour l'accueillir », ce qui a d'une certaine manière désavantagé les autres places européennes où « l'utilisation de la langue nationale apparaissait généralement comme ontologiquement liée à la fonction régaliennne de juger. La langue devenait de ce fait une contrainte pour les parties obligées de traduire les pièces comme les écritures autant qu'une source d'inconfort culturel lié à l'incertitude d'être bien entendu et compris par son juge » (V. LA France et les diverses initiatives de juridictions internationales, in Les juridictions commerciales internationales : expériences comparées, in L'Observateur de Bruxelles, n°114 – Octobre 2018, p. 10-12, s. p. 10).

⁵⁶ - Li Bin, Le développement du droit chinois dans la perspective des Nouvelles Routes de la Soie, RDAI, 2019, 2.

Pour renforcer l'image de professionnalisme des nouvelles Chambres, le Règlement les créant prévoit la mise en place d'un Comité d'experts, composé de 12 juristes chinois et de 20 juristes étrangers dont l'une des fonctions essentielles est d'assister les Chambres spécialisées dans l'identification du droit étranger. **Il s'agit de rassurer les entreprises ressortissantes des pays ayant adhéré à la BRI que les nouvelles Chambres sont aptes à prendre en compte les particularités de leurs systèmes juridiques et la teneur de leurs législations nationales.**

- 24- Parallèlement à ces mesures, il faut relever les interventions spécifiques de la Cour suprême chinoise, généralement qualifiée de « législateur subordonné »⁵⁷, concernant « la fourniture des garanties et des services judiciaires dans la perspective de la construction de la BRI »⁵⁸ ou visant la publication « de cas typiques pour illustrer la contribution judiciaire chinoise »⁵⁹.

Dans les deux cas, la Cour suprême insiste sur le respect de certains principes fondamentaux régissant le fonctionnement de la justice, comme celui de « l'égalité entre les personnes de nationalité chinoise et les personnes de nationalité étrangère, l'accord des parties sur le choix d'un for donné, le principe de réciprocité quant à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers »⁶⁰. **La Cour suprême invite par ailleurs les juridictions concernées à « suivre le chemin de l'Etat de droit socialiste aux caractéristiques chinoises » et à en faire le fondement de la BRI. Il s'agit de convaincre les pays de la BRI et leurs opérateurs économiques que la justice chinoise offre de manière générale toutes les garanties d'impartialité, d'intégrité, d'ouverture et de transparence et que l'orientation politique en ce sens est ferme**⁶¹. **L'introduction de Chambres spécialisées s'inscrit dans ce souci d'attractivité de la justice chinoise et illustre, en écho au phénomène du « forum shopping », plusieurs fois analysé**⁶², un autre phénomène récemment décrit, à savoir, celui de

⁵⁷ - G. Cuniberti, Grands systèmes de droit contemporains, LGDJ, Lextension, 2011, 2 éd., s. n°402-404, qui souligne que la Cour a ainsi développé une pratique soutenue de production des normes interprétatives qui est la source principale de l'interprétation des lois chinoises ». La Cour exerce ce pouvoir, soit en répondant « directement et individuellement aux tribunaux inférieurs l'interrogeant sur l'interprétation d'une loi », soit en « allant probablement au-delà du pouvoir qui lui a été attribué en 1981 ; en émettant « des normes interprétatives abstraites et générales, proches d'un pouvoir réglementaire ».

⁵⁸ - V. « Opinions of the Supreme People's Court on People's Courts Providing Judicial Services and Guarantees for the Construction of the Belt and Road Initiative », disponibles sur : <http://encourt.court.gov.cn>.

⁵⁹ - Li Bin, article précité, in RDAI, 2019, 2.

⁶⁰ - avec, comme le note Li Bin, une interprétation très favorable aux pays de la BRI, puisque la Cour suprême considère que « la condition de réciprocité peut être considérée comme remplie dès lors que la BRI permet de reconnaître et exécuter les jugements chinois » (Article précité, in RDAI, 2019, 2).

⁶¹ - Cet élément est déterminant dans un pays où les juges souvent membres du Parti Communiste, loin d'être tentés de démontrer leur indépendance, « cherchent fréquemment à se protéger en impliquant des tiers dans leur processus décisionnel » (G. Cuniberti, ouvrage précité, s. n°429). Il reste que, comme le relève J-P. Cabestan (Le Système politique chinois, éd. Sciences Po. Les presses, 2014, s. p. 283), si « les tribunaux et les parquets chinois travaillent sous la tutelle du Parti », « la professionnalisation de leur personnel ainsi que celle des avocats ont incontestablement favorisé une relative autonomie des organes judiciaires et une meilleure prévisibilité de leurs décisions : une plus grande partie de ces décisions est aujourd'hui dépolitisée ou fondée sur des arguments uniquement juridiques ». La réforme relative aux Chambres spécialisées devrait renforcer cette évolution au moins dans le domaine du droit économique d'autant plus que la concurrence ne laisse pas à la Chine un autre choix. Pour l'heure, écrivent certains auteurs : « Dans l'analyse comparée des centres européens et asiatiques, et quels que soient les très grands mérites de ces derniers, la recherche d'un juge jouissant de toutes les garanties d'un juge indépendant devrait conduire les parties à choisir les centres européens, seules juridictions véritablement indépendantes » (E. Vasseur et J. Bonysson, article précité, p. 11-12).

⁶² - G. Canivet, Les marchés du droit, Rapport introductif, in E. Balate, D. Briand et L. Cadiet (dir), Les marchés du droit, 2017, 4, p. 9-33, s. p. 14, qui écrit : « Les juridictions étatiques sont en concurrence, d'une part, entre

« l'arbitrabilisation de la justice étatique »⁶³. Il s'agit de répondre à la demande des opérateurs économiques par « une offre de justice internationale au service d'un monde globalisé »⁶⁴.

- 25- **En se mettant au diapason de l'évolution générale des systèmes juridiques nationaux des grands pays en faveur de l'ouverture aux besoins spécifiques des opérateurs du commerce international, la Chine se devait en même temps de diversifier son « offre » en matière de règlement des différends. Elle l'a fait en faisant place à la médiation et à la conciliation et, en revigorant les règles encadrant le recours à l'arbitrage international mais aussi en prévoyant les règles à même d'assurer une bonne articulation entre les divers modes de règlement des litiges.**

On soulignera à cet égard que le Comité d'experts introduit par le Règlement de la Cour suprême précité peut se charger de la médiation entre les parties dans un litige relevant de la compétence des Chambres spécialisées et que ces dernières participent avec les organismes de la médiation et les institutions d'arbitrage « au plateau de Règlement des différends » dont « l'objectif est de réussir à régler les différends par une prestation du service non-stop au moyen d'une bonne articulation des divers modes judiciaires et non judiciaires (médiation et arbitrage)⁶⁵.

- 26- Parallèlement, la CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission) a adopté, le 1^{er} Septembre 2017, un nouveau Règlement relatif à l'arbitrage des litiges internationaux en matière d'investissement afin de s'adapter aux défis de la mise en œuvre de la BRI. Dans le prolongement de la jurisprudence arbitrale, le consentement à l'arbitrage peut résulter d'une Convention arbitrale, être mentionné dans un accord international ou exprimé dans une loi nationale. Le Règlement suit « les standards nationaux applicables en (la) matière », et prévoit une « combinaison entre conciliation et arbitrage »⁶⁶. Enfin, il relever que les audiences arbitrales peuvent être

elles-mêmes, par un phénomène de « forum shopping », d'autre part, avec des systèmes privés de règlement des litiges, que ce soit l'arbitrage, interne ou international, ou la médiation ».

⁶³ - W. Ben Hamida, L'arbitrage dans le nouveau droit chinois des investissements, RDAI, 2019, 2, pour qui « le modèle arbitral envahit et modifie la physionomie de la justice étatique qui s'arbitralise. On remarque aussi l'existence d'un marché de la justice et une concurrence entre les juridictions étatiques pour attirer les affaires internationales » ; l'auteur illustre son propos par les exemples récents de la Belgique (qui prévoit la mise en place avant le 1^{er} Janvier 2020 de la Cour des affaires internationales de Bruxelles, avec l'objectif d'attirer les litiges » qui ont été traditionnellement « soumis aux juridictions anglaises et qui pourraient sortir de l'espace judiciaire européen après le Brexit », le tribunal sera composé de juges professionnels et de juges non professionnels et la procédure est conduite anglais), des Pays Bas (où sera prochainement mis en place au sein du Tribunal du District d'Amsterdam et de la Cour d'appel d'Amsterdam, une Chambre spéciale chargée de trancher les litiges civils et commerciaux ayant une dimension internationale. Là aussi, l'anglais est « la langue de procédure) et de la France (avec la création d'une Chambre internationale auprès du Tribunal de commerce de Paris (CITP) et d'une Chambre internationale au sein de la Cour d'appel de Paris (CICAP). La première est compétente pour connaître des litiges économiques ayant une dimension internationale ; la seconde, les litiges « qui mettent en jeu les intérêts du commerce international ». Si la procédure est en langue française, les pièces en anglais peuvent être versées sans traduction et les décisions, « rédigées en français sont accompagnées d'une traduction en anglais »

⁶⁴ - E. Vasseur et J. Bonnysson, article précité, in L'Observateur de Bruxelles, N°114, s. p. 11.

⁶⁵ - Li Bin, article précité, in RDAI, 2019, 2, l'accord des parties, suite à une médiation ou une conciliation, est doté, dès sa signature par les parties, de la même valeur qu'une décision juridique.

⁶⁶ - W. Ben Hamida, article précité, in RDAI, 2019, 2, qui relève que selon l'article 43 du Règlement « le tribunal peut conduire une procédure de conciliation pour régler le litige. La conciliation est confidentielle. En cas de succès, les parties peuvent demander au tribunal d'intégrer l'accord dans une sentence arbitrale. Il s'agit ici d'une consécration de la technique de Med Arb ou de Conc-arb. Cependant, le Règlement permet aux parties d'éviter cette technique en décidant de ne pas soumettre la conciliation au tribunal arbitral ».

publiques, sauf accord contraire des parties, ce qui correspond aussi à une tendance récente de l'arbitrage d'investissement⁶⁷.

Mais l'ouverture des réformes juridiques et judiciaires récentes à la mondialisation du droit se manifestent sur un autre terrain connexe, à savoir, la prise en compte affichée du droit et des usages du commerce international.

2-2. L'ouverture du droit chinois au droit comparé et aux principes et usages du commerce international

27- La mondialisation juridique – celle qui a servi de support et de vecteur à la mondialisation économique -s'est en grande partie appuyée sur les règles créées par les opérateurs économiques eux-mêmes dans les divers secteurs de l'activité économique, par delà les frontières étatiques⁶⁸ : usages codifiés, contrats-types, pratiques contractuelles diverses, règles nourries par la jurisprudence des tribunaux arbitraux et par celle de plusieurs juridictions étatiques.

Si la nature, la valeur et la portée de cette production normative d'origine privée ont été l'objet de débats, quelquefois passionnés, en relation étroite avec ceux qui ont agité la doctrine sur l'hypothèse d'une *lex mercatoria* qui, à l'instar de celle forgée par la société des marchands dans l'Europe médiévale, constituerait le vecteur d'un droit transnational des relations commerciales⁶⁹, sa réalité ne fait plus de doute.

En effet, les progrès de « la contractualisation » de la vie juridique consécutifs à la mondialisation lui ont ouvert de nouveaux horizons.

Aujourd'hui, avec la déréglementation mise en œuvre dans la quasi-totalité des Etats depuis le milieu des années 1980, aucun domaine économique n'est épargné. Des « opérations de services » aux « fusions-acquisitions d'entreprises » en passant par « l'agence commerciale », les activités spatiales, le commerce électronique et « les activités financières », toutes les activités économiques sont concernées par les pratiques normatives privées⁷⁰. Grâce au renouveau de la liberté contractuelle, les acteurs privés ont toute latitude pour organiser leurs activités à une échelle planétaire. Par rapport à la loi marchande médiévale, le changement n'est pas seulement quantitatif mais qualitatif⁷¹.

Par ailleurs, le Règlement portant création des Chambres spécialisées prévoit que celles-ci peuvent apporter sur la demande des parties toute l'assistance nécessaire pour assurer le bon fonctionnement de l'arbitrage et qu'elles statuent sur toutes les questions relatives à la reconnaissance, à l'exécution et à l'annulation des sentences arbitrales. Cette centralisation du contrôle judiciaire des sentences arbitrales permet une économie de temps et de moyens.

⁶⁷ - Li Bin, article précité, in RDAI, 2019, 2.

⁶⁸ - E. Loquin et L. Ravillon, « La volonté des opérateurs, vecteurs d'un droit mondialisé », in *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. p. 114 et s.

⁶⁹ - La Bibliothèque est luxuriante. On se limitera ici à l'article « fondateur » de B. Goldman, *Frontières du droit et le *lex mercatoria**, APD, t. 37, Paris, Sirey, 1964, et celui de P. Lagarde, *Approche critique de la *lex mercatoria**, Etudes offertes à B. Goldman, Litec, 1982, p. 125 et s.

⁷⁰ - E. Loquin et L. Ravillon, *La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé*, in *La mondialisation du droit*, p. 91-132, spéc. p. 93.

⁷¹ - J. Bart, *La *lex mercatoria* au Moyen Age : mythe ou réalité ?*, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du xx^e siècle, Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, p. 9-22, spéc. p. 21-22, qui met en garde contre l'assimilation de réalités qui, au-delà de « l'image évocatrice » de la formulation latine, sont très différentes. « Même s'il s'agit de répondre dans les deux cas aux exigences du développement des échanges, l'idée même de relations économiques internationales est anachronique. Mieux vaudrait parler de relations inter seigneuriales, ou de commerce à longue distance. La production des normes spécifiques en la matière obéit à un régime de sources du droit, totalement différent de celui d'aujourd'hui. Le *jus mercatorium* s'est formé et cristallisé de la même manière que le reste du droit, enfermé dans les limites territoriales des seigneuries, villes et principautés, même si l'émergence de principes communs s'est faite plus tôt que dans d'autres domaines ».

- 28- Le droit transnational, appuyé sur le contrat et les usages professionnels, qui se profile à la faveur de la globalisation est à la fois plus large et plus dense. Il fonctionne comme un ordre véritablement global, c'est-à-dire ayant vocation à se soumettre les relations commerciales, quel que soit le lieu de localisation géographique des opérateurs qu'elles concernent. Il y a ici une illustration très claire de la substitution de l'idée de lien professionnel à celle de citoyenneté territoriale ou nationale. Ainsi, à propos des emprunts euro-obligataires, un auteur relève que la « cohésion du milieu bancaire » ajoutée à « des moyens de communication extrêmement rapides et à la disponibilité de capitaux libres de toute emprise étatique » a permis le perfectionnement « d'un instrument de financement qui crée des liens entre des emprunteurs et des investisseurs dispersés dans le monde entier et dont le rapprochement est la conséquence d'une uniformisation de plus en plus grande des usages bancaires »⁷². Dopée par le renouveau d'un libéralisme érigé partout en dogme, la création normative privée investit tous les domaines d'activité, balise les horizons du possible⁷³, mettant à la disposition des opérateurs économiques où qu'ils soient du « prêt-à-porter juridique mondialisé »⁷⁴.
- 29- Mais le développement tentaculaire du droit transnational n'est pas seulement dû, à la vitalité retrouvée de la technique contractuelle. En étendant son empire et en poursuivant l'objectif de satisfaction maximale des attentes de ses sujets, la *lex mercatoria* devait globalement diversifier ses sources. C'est ainsi qu'elle intègre dans sa substance « les règles communes aux différents systèmes juridiques »⁷⁵, dans la mesure où ces règles apparaissent appropriées aux besoins du commerce international. La *lex mercatoria* « est opportuniste donc cosmopolite ». Elle s'entend moins d'un ensemble de règles que d'une méthode de sélection de règles⁷⁶ choisies en fonction de leur adéquation aux besoins des opérateurs économiques transnationaux⁷⁷. « On a parlé à ce propos de darwinisme juridique »⁷⁸. L'expression est d'autant plus justifiée qu'on assiste à une réorientation du principe de l'autonomie de la volonté.
- 30- Celui-ci est, aujourd'hui, moins utilisé par les opérateurs économiques pour « sélectionner la loi la plus favorable » du point de vue de son « contenu matériel » que pour retenir celle « qui laissera la grande place à la liberté contractuelle », c'est-à-dire celle qui en définitive « permettra d'accueillir les normes générées ou voulues par les opérateurs »⁷⁹. Dans cette nouvelle optique, les limites de l'ordre public de la *lex contractus* apparaissent de plus en plus lointaines, d'autant que, grâce à la « technique du

⁷² - A. Jacquemont, *L'émission des emprunts euro-obligataires, pouvoir bancaire et souverainetés étatiques*, Paris, Litec, 1976, p. 346. Dans le même ordre d'idées, on a montré comment le pouvoir bancaire transnational, désireux de servir au mieux les intérêts de sa clientèle initiale que constituent « les entreprises multinationales », a créé, à partir des instruments contractuels « identiques à ceux employés dans l'ordre monétaire interne », à savoir les « contrats de dépôt (euro-dépôt) et les contrats de prêt », de « véritables monnaies scripturales conventionnelles privées à usage transnational, les euros-devises », qui bousculent, par leur poids, l'une des manifestations les plus traditionnelles de la souveraineté étatique, à savoir le droit de battre monnaie.

⁷³ - Voir par ex., pour les innovations contractuelles des télécommunications par satellite, L. Ravillon, *Les télécommunications par satellite*, Paris, Litec, 1997.

⁷⁴ - *Infra*, chap. 2, sect. 3.

⁷⁵ - E. Loquin, Où en est la *lex mercatoria* ?, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, p. 23-51, spéc. p. 34-41.

⁷⁶ - E. Gaillard, Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit, revue *Clunet*, 1995, p. 5 et s., spéc. p. 22 et s.

⁷⁷ - E. Loquin, La réalité des usages du commerce international, *RID éco.*, 1989, p. 163 et s.

⁷⁸ - E. Loquin, étude préc., in *Mélanges Ph. Kahn*, spéc. p. 26.

⁷⁹ - E. Loquin et L. Ravillon, étude préc., in *La mondialisation du droit*, p. 91-132, spéc. p. 93.

dépeçage » et à la méthode des lois matérielles (ou « du substantivisme »)⁸⁰, l'utilisation ingénieuse du principe d'autonomie renforce singulièrement l'effet de la volonté des parties⁸¹. Cet effet atteint son efficacité maximale lorsque l'autonomie de la volonté est appréciée non par un juge étatique, tenu d'appliquer le « droit de l'État au nom duquel il rend justice »⁸² et donc lié par le système national des conflits, mais par l'arbitre international, qui n'est lié que par la volonté des parties⁸³.

- 31- **Encouragée par les principaux pays qui dominent la mondialisation, cette évolution ne va pas sans susciter les critiques de ceux qui s'inquiètent, à juste titre, du risque de contournement des considérations d'intérêt général qu'elle recèle. Aussi, un rééquilibrage est semble-t-il en cours⁸⁴, même si ce rééquilibrage ne remet pas en cause le droit des personnes privées d'utiliser au mieux de leurs intérêts les possibilités offertes par les lois nationales de redessiner leur espace normatif, sous la réserve de respecter les règles impératives tirées de l'ordre public au sens du droit international privé ou de l'ordre public transnational.**

Sous cette réserve, la production normative privée reste encouragée par les Etats.

Pour en revenir à la BRI, **la Chine a un intérêt évident à montrer son ouverture à la production normative des opérateurs économiques car cette ouverture peut faciliter la conclusion d'arrangements, de montages, par les entreprises chinoises avec de nouveaux partenaires dans les pays concernés par l'initiative.**

- 32- **Quelques exemples : Beaucoup d'entreprises chinoises désireuses d'asseoir leur implantation dans certains pays membres de la BRI ont pris des participations dans des entreprises étrangères pour s'assurer leur contrôle et quelquefois ont engagé des opérations de fusion ou de scission. Or, il s'agit là d'un domaine qui a beaucoup évolué du fait de la mondialisation et des pratiques des opérateurs économiques transnationaux.** Comme le souligne E. Loquin, « L'émergence d'un marché mondial des entreprises a généré une pratique contractuelle des opérations de fusion-acquisition, qui a comblé le vide des codes des pays industrialisés, lesquels s'intéressent fort peu à la phase des négociations. Cette pratique, qui conduit à la mise en place des procédures uniformes de négociations, crée un droit transnational des fusions-acquisitions, applicable à ces opérations, quelque soit le droit applicable à l'acquisition et la localisation de l'entreprise »⁸⁵.

L'ouverture du droit chinois aux pratiques contractuelles des opérateurs économiques transnationaux faciliterait la souscription par les entreprises étrangères de clauses attributives de juridiction aux tribunaux chinois ou de clauses compromissaires renvoyant à un arbitrage sous l'égide d'un organisme arbitral chinois.

⁸⁰ - Qui sont essentiellement « des règles de violation des clauses usuelles des contrats internationaux prohibés par certaines lois étatique » (voir E. Loquin et L. Ravillon, art. préc.,spéc. p. 101).

⁸¹ - Dans leur article précité, E. Loquin et L. Ravillon relèvent que, paradoxalement, « les limites du pouvoir de la volonté des opérations du commerce international devront être trouvées moins dans la *lex contractes* que dans la loi du for », celui-ci pouvant opposer son ordre public ou ses lois de police « tout en soulignant que ces limites dépendent de l'effet de « l'ingénierie juridique relativement au for choisi » (voir art. préc.,spéc. p. 101).

⁸² - R. David, ouvr. préc.,spéc. n° 133.

⁸³ - Ibid.,spéc. n° 143.

⁸⁴ - V. M. Mahmoud Mohamed Salah, Le droit à l'épreuve des nouvelles régulations de l'économie globale, JDI, 2019, n°4.

⁸⁵ - E. Loquin, Où en est la *lexmercatoria*, in Souveraineté étatiques et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn, Litec, 2000, p. 21, s. p. 31-51.

33- Le deuxième exemple concerne les garanties indépendantes ou à première demande et les lettres de confort qui sont des sûretés créées par la pratique et qui se sont imposées progressivement y compris dans les pays de droit civil traditionnellement hostiles à l'engagement « sans cause » mais qui du fait de l'acceptation de ce type de sûretés par les pays concurrents, ne pouvaient que l'entériner⁸⁶.

Les entreprises chinoises chargées de la construction de routes, de ponts ou de centrales électriques se voient en règle générale imposer soit par l'Etat-hôte, soit dans le cadre des rapports avec d'autres entreprises, la fourniture de sûretés de type garantie à première demande et inmanquablement elles s'adressent à des banques chinoises pour la souscription de ces sûretés. Le plus souvent – mais cela dépend du pouvoir de négociation de chaque Etat – lorsque le financement du projet est chinois, ces entreprises tentent d'imposer des clauses attributives de juridiction aux tribunaux chinois alors que le Marché lui-même prévoit, le plus souvent, une clause compromissoire pouvant renvoyer à un arbitrage CCI ou autre.

Dans le cadre de la BRI, l'enjeu est de déterminer si le droit chinois est suffisamment ouvert à la réception de ces sûretés et, de façon générale, à toutes les normes issues de la pratique des opérateurs économiques eux-mêmes et qui s'intègrent aujourd'hui à ce droit transnational d'origine privée.

34- Mais comme il a été souligné, ce droit se nourrit également des enseignements du droit comparé et de sa capacité à intégrer dans sa substance les règles communes aux systèmes juridiques étatiques⁸⁷ grâce notamment à la référence que les parties aux contrats transnationaux peuvent faire « aux principes généraux du droit ou encore aux principes généraux largement admis régissant le droit du commerce international ou encore aux principes généraux faisant partie de la *lex mercatoria* »⁸⁸ et grâce aussi à la liberté reconnue par plusieurs législations nationales à l'arbitre d'un litige commercial international d'appliquer, à défaut d'un choix express des parties, les règles de droit qu'ils estiment les plus appropriées⁸⁹.

Les évolutions récentes du droit chinois font-elles écho à ces sources diverses du droit transnational ?

35- **La réponse doit prendre en compte plusieurs éléments. En premier lieu, sur le terrain du droit substantiel, il faut souligner notamment l'apport de la loi de 1999 sur les contrats de Chine dont on a pu dire qu'elle instaurait « un véritable droit commun des contrats qui faisait défaut jusqu'alors »⁹⁰ et qui se situe au carrefour de plusieurs sources d'inspiration ouvertes sur les principes, les usages et les pratiques consacrés par le droit du commerce international : Principes de l'Unidroit, Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises, principaux droits continentaux (comme le droit allemand et le droit français ou encore le droit japonais) ainsi que ceux de la Common Law (droit anglais, droit américain).**

⁸⁶ - On a pu dire à cet égard que c'est afin « de ne pas défavoriser les banques françaises » que la jurisprudence, en France s'est abstenue de contester la validité des garanties à première demande. V. M. Therry, *Sûretés et publicité foncière*, Paris, PUF, 1988, p. 141.

⁸⁷ - E. Loquin, étude précitée, in *Mélanges offerts à Ph. Kahn*, s. p. 34.

⁸⁸ - *ibid.*

⁸⁹ - Comme le souligne E. Loquin : « A défaut de référence expresse, les arbitres considéreront que les principes généraux du droit, ou tout au moins certains d'entre eux, sont des règles appropriées aux besoins du commerce international, dès lors qu'ils sont l'objet d'un consensus de l'ensemble de la Communauté internationale. Leur application répond alors à l'attente légitime des parties, c'est-à-dire qu'ils donnent une solution que les parties ne peuvent concevoir différemment ».

⁹⁰ - X.-Y. Li-Kotovchikhine, « Le nouveau droit chinois des contrats internationaux », *JDI*, 2002, 1, p. 113 et s.

Les deux premières sources d'inspiration, à savoir les Principes de l'Unidroit et la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises ont même quelquefois été appliqués par des sentences arbitrales, sans avoir été désignés par les parties, au motif « qu'ils consacrent des règles très largement admises à travers le monde dans la pratique des contrats internationaux » ou encore qu'ils « révèlent les pratiques admises dans le droit du commerce international »⁹¹. La loi de 1999 fait « par ailleurs une grande place aux usages commerciaux, tout comme c'est le cas dans les principes d'Unidroit »⁹².

- 36- En second lieu, sur le terrain de l'organisation judiciaire, il y a lieu de rappeler le fameux Comité d'experts composés de juristes chinois et étrangers spécialistes du droit international et du droit étranger et qui est chargé d'assister les nouvelles Chambres spécialisées, lesquelles sont elles-mêmes composées de juges seniors ayant une connaissance du droit et des questions commerciales internationales dans l'établissement de la teneur du droit étranger.

Le recours à « ces experts s'explique par le fait que les projets one-belt on road couvrent la plupart des systèmes juridiques du monde, y compris la Common law, le droit civil européen, le droit islamique et les systèmes hybrides, voire des pays qui appliquent des règles coutumières ou locales »⁹³. **Il s'agit d'une ouverture qui pourrait permettre la prise en compte par le droit chinois du droit comparé, des principes généraux du droit mais aussi des usages et des pratiques du commerce.**

- 37- Ce jugement doit cependant être nuancé à la lumière d'un autre élément qui ne peut être négligé.

Le droit appliqué par les Chambres spécialisées, le cas échéant avec l'assistance d'un Comité d'experts, est déterminé en conformité avec la loi sur le droit international privé de la République Populaire de Chine de 2010. Or, si cette loi consacre bien le principe d'autonomie en vertu duquel les parties peuvent choisir le droit qui va régir leurs relations contractuelles, elle reste dans l'optique classique d'une concurrence entre des droits étatiques. Aucune référence n'est faite à la possibilité de choisir des règles non étatiques⁹⁴.

La situation est cependant différente pour ce qui concerne l'arbitrage. En effet, l'article 46 du nouveau Règlement précité de la CIETAC, adopté en Septembre 2017, en relation avec la mise en œuvre de la BRI, dispose qu'au cas où les parties n'ont pas désigné les règles du droit devant régir leurs relations, le tribunal arbitral applique le droit qu'il estime approprié, en ce inclus les lois domestiques, les lois de

⁹¹ - E. Loquin, Réflexions et perspectives. Considérations comparatives sur les coutumes et usages, in X-Y. Li-Kotovchikhine (dir), Les sources du droit et la réforme juridique en Chine. Préface F. Terré. Actes du Colloque international des 7 et 8 Octobre 2002, Palais du Luxembourg, éd. Litec, 2003, p. 203-207, s. p. 204.

⁹² - G. Lefebvre et J. Jiao, Les Principes d'Unidroit et le droit chinois : Convergence et dissonance, R.J.T., 2002, 36, p. 523-537, il a pu être soutenu qu'en cas de clause contractuelle ambiguë, son interprétation doit se faire par référence aux usages, V. X-Y. Li-Kotovchikhine, étude précitée, s. p. 126.

⁹³ - W. Ben Hamida, article précité, in RDAI, 2, 2019. On notera ainsi que la Cour suprême chinoise a fait publier en 2018 une encyclopédie des systèmes juridiques des pays situés le long des Nouvelles routes de la Soie.

⁹⁴ - Certains auteurs s'étaient déjà demandés avant la loi sur le droit international privé de 2010, si dans un contrat international conclu entre une partie chinoise et une partie étrangère, les parties pouvaient désigner les principes de l'Unidroit, comme le droit régissant leur relation et avaient répondu par la négative en se fondant sur l'article 142 des Principes généraux de droit civil selon lesquels la référence aux usages internationaux ne pouvait intervenir que « pour combler les lacunes des Conventions internationales ou de la loi » (G. Lefebvre et J. Jies, article précité, in RJT, 2002, s. p. 535.

tout Etat concerné, les règles de droit international applicables et les usages commerciaux⁹⁵.

Ce texte constitue une base claire pour la prise en compte des usages du commerce international et des principes généraux du droit international.

Il revient aux tribunaux arbitraux constitués sous l'égide de la CIETAC de s'y appuyer pour construire une jurisprudence arbitrale en phase avec l'évolution générale du droit international des affaires et renforcer par conséquent le caractère attractif de la Chine comme lieu des arbitrages internationaux.

Enfin, le droit transnational a besoin du bras séculier de l'Etat. La sentence arbitrale qui n'est pas spontanément exécutée par la partie qui succombe ne peut l'être que par le recours aux tribunaux étatiques. La Chine qui a par ailleurs ratifié la Convention de New York de 1958 affiche depuis les réformes récentes un dispositif fiable visant à assurer le caractère exécutoire des sentences arbitrales.

3- L'utilisation des opportunités de la mondialisation juridique pour influencer et redéfinir les règles de la globalisation

38- Si, comme nous l'avons évoqué ci-dessus, la BRI s'inscrit dans le cadre d'un projet stratégique visant à étendre l'influence de la Chine et à reconfigurer la mondialisation, **le droit, à la fois le droit chinois mais également les droits nationaux des autres pays ainsi que le droit international, vont être mis à contribution chaque fois que de besoin pour parvenir à cette fin.**

Il s'agit pour la Chine de tirer de ces droits, de leur combinaison, de leurs interactions ou de l'usage sélectif de leurs normes, le cadre juridique adéquat pour étendre et renforcer la puissance des entreprises chinoises, instruments privilégiés de la politique de la République Populaire de Chine, d'une part, et de pouvoir exporter les normes, standards et valeurs d'origine chinoise, facteur de l'influence mondiale de celle-ci, d'autre part.

3-1. L'utilisation des opportunités de la mondialisation juridique pour renforcer la présence et la puissance des entreprises chinoises

39- La mondialisation juridique s'est construite dans le domaine du droit économique en s'appuyant sur deux piliers : la création normative d'origine privée, d'une part, évoquée ci-dessus, et les transformations de la régulation juridique étatique, résultant du mouvement de libéralisation, de privatisation et de déréglementation, amorcé à partir des années 1980, d'autre part.

Parti des Etats du Nord, notamment, l'Angleterre de M. Thatcher et l'Amérique de R. Reagan, ce mouvement a connu une ascension fulgurante sous l'effet conjugué de la crise de la dette dans les pays du Sud, de l'effondrement « du socialisme réel » dans les pays de l'Est et de l'adoption par les institutions multilatérales des instruments de la théorie néo-classique comme fondement de leur approche du développement, ouvrant la voie à ce qui a pu être appelé le triomphe du « consensus de Washington ».

⁹⁵ - L'article 46 est ainsi libellé : « 1. The arbitral tribunal shall apply the law or rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties or such designation is in conflict with the mandatory provision of the law, the arbitral tribunal shall apply the law or rules of law it considers appropriate, including the domestic laws of any relevant State, any applicable rules of international laws and trade custom. 2. Unless otherwise expressly authorized by the parties, the arbitral tribunal shall not decide the dispute ex aequo et bono or as amiable compositeur”.

La vague « libérale », appuyée sur ce consensus, a pénétré tous les continents, les Etats récalcitrants se comptant, chaque fois, sur les doigts d'une main et n'a épargné quasiment aucun secteur d'activité.

- 40- Les infrastructures de transport, « ports, aéroports, voies ferrées, oléoducs, etc. » qui constituent aujourd'hui le cœur de l'initiative des Nouvelles routes de la Soie ont à leur tour été pris dans cette dynamique irrésistible. Les ports, jadis symboles de la souveraineté, « s'achètent et se vendent (aujourd'hui) comme n'importe quel bien »⁹⁶.

La BRI bénéficie naturellement de l'environnement juridique global résultant de cette évolution. Il suffisait alors d'utiliser au mieux les techniques juridiques disponibles pour faciliter l'expansion des entreprises chinoises tout au long des Nouvelles Routes de la Soie. De ce point de vue, la République populaire de Chine peut dire merci à la Banque Mondiale, au FMI, au Trésor américain, à l'Union Européenne, et de façon générale, à tous les acteurs internationaux qui, s'inscrivant dans le cadre du Consensus de Washington, ont poussé à la promotion et à la diffusion planétaire « d'un droit économique néolibéral fondé sur les orientations du droit public de l'OMC, des programmes des institutions multilatérales ... » et « de tout un ensemble de droits privés (et non publics) incluant en particulier le droit de propriété, la liberté de contraction ou la liberté d'entreprendre »⁹⁷.

Cette évolution a contribué à la mise en place d'un cadre juridique mondialisé qui peut être exploité de façon optimum grâce à l'usage approprié des ressources variées de la technique juridique.

- 41- La première de ces ressources est celle qu'offre le droit conventionnel. On rappellera à cet égard que l'association d'un pays à la BRI se fait par une entente, c'est-à-dire, un accord bilatéral entre celui-ci et la Chine, suivi de la mise en place de structures d'encadrement des projets à réaliser. Mais ce premier volet peut se greffer sur d'autres mécanismes conventionnels ou se faire compléter par eux.

L'intégration de la Chine à la mondialisation économique dont elle a beaucoup tiré parti s'est faite en partie au moyen de la conclusion de traités, traités d'investissement ou accords commerciaux dont le but est d'ouvrir les marchés des Etats parties aux entreprises chinoises. La Chine est même considérée comme le second pays au monde « le plus actif après l'Allemagne dans la conclusion de ce type de traités et le premier en Asie »⁹⁸.

Les accords conclus concernent non seulement les pays d'Asie voisins, mais également l'Amérique Latine, l'Afrique et une partie de l'Europe.

Cet engouement pour les traités de commerce ou d'investissement s'est naturellement poursuivi et accéléré avec le lancement de la BRI⁹⁹.

⁹⁶ - P. Thorez, Au cœur du pouvoir, les infrastructures de transport, in B. Badie, D. Vidal, Qui gouverne le monde ? éd. La Découverte, 2018, p. 187-196, s. p. 190. Et de fait, on a relevé qu'à ce jour, la composante maritime de la BRI a permis « l'achat, la construction ou l'exploitation de quarante deux ports dans trente quatre pays » (Ph. S. Golub, Entre les Etats-Unis et la Chine, une guerre moins commerciale que géopolitique, Le Monde diplomatique, Octobre 2019, s. p. 8).

⁹⁷ - E. Tourme-Jouannet, Droit du développement et droit de la reconnaissance, les piliers juridiques d'une société mondiale plus juste, in SFDI, Droit international et développement, éd. Pedone, 2015, p. 30-63, s. p. 36-37.

⁹⁸ - W. Ben Hamida, article précité, in RDAI, 2019, 2, s n°6 qui souligne que la Chine a déjà conclu 140 Traits d'investissements dont 109 sont en vigueur.

⁹⁹ - Beaucoup de pays qui se sont joints à cette initiative étaient d'ailleurs déjà liés à la Chine par un traité d'investissement ou par un accord commercial.

42- La Chine a ainsi passé un accord bilatéral d'investissement avec la Tanzanie, un accord de libre échange avec la Géorgie, avec Maldives, un accord-cadre de coopération économique avec Taïwan, avec l'Union économique eurasiatique, pour ne citer que ces exemples et elle est en négociation avec plusieurs autres pays pour la conclusion du même type d'accords.

Ces accords ou traités contiennent, pour la plupart, les principales règles mondialisées de protection de l'investissement¹⁰⁰, et, s'agissant en particulier de traités de la dernière génération, la précision que la protection prévue s'applique également à l'investissement réalisé par des entités publiques, lesquelles sont, on le sait, en première ligne dans l'exécution des projets de la BRI¹⁰¹. Ces entités utilisent aujourd'hui les droits que leur reconnaissent ces traités d'investissement non seulement pour pouvoir soumissionner aux appels d'offres, lorsque la législation exige un appel d'offres¹⁰², bénéficiaire de nombreuses exonérations et facilités prévues mais aussi pour pouvoir s'implanter de façon durable dans le pays d'accueil¹⁰³. Un autre facteur contribue à son tour à rendre les entreprises chinoises quasi incontournables pour les pays hôtes ; lorsque c'est une banque chinoise¹⁰⁴ qui assure le financement du projet, ce qui est le cas pour la majeure partie des infrastructures réalisées tout le long des Nouvelles Routes de la Soie, l'Entreprise attributaire du marché doit être une entreprise chinoise¹⁰⁵.

43- La technique conventionnelle est également utilisée par la Chine pour permettre l'exportation des zones de coopération économique et commerciale et notamment les fameuses zones économiques spéciales qui avaient été encouragées par le régime chinois

¹⁰⁰ - V. sur ces règles mondialisées, M. Mahmoud Mohamed Salah, Les paradoxes de l'internationalisation de la relation Etat-investisseur, in Droit sans frontières, Mélanges en l'honneur de E. Loquin, éd. Lexis Nexis, 2018. Il s'agit des règles protectrices de l'investisseur (Traitement juste et équitable, traitement national, interdiction de l'expropriation tant directe qu'indirecte, interdiction de mesures discriminatoires...) qui, reprises dans la très grande majorité des modèles de Traités bilatéraux d'investissement adoptés par les « Etats qui jouent un rôle important dans le droit de l'investissement, soit comme Etat d'accueil soit comme pourvoyeur d'investissement » et interprétées, quelquefois de manière large, pour la jurisprudence arbitrale ont fini par se transformer en standards communs de protection de l'investisseur. Des pays émergents, même réduits aux seuls BRICS, la Chine est le pays dans lequel les TBI et l'arbitrage d'investissement sont les moins contestés » (V. A. De Nanteuil, « Les pays émergents et la politique d'investissement : une approche commune ? », in L. Dubie, M. Boumghar, R. Hernu (dir), La place des pays émergents en droit international. Perspectives pluridisciplinaires, éd. A. Pedone, p. 83-103). Il est vrai que, comme le note l'auteur, si la Chine admet « le système », elle « l'adapte à la singularité du marché chinois », de nombreux secteurs demeurant fermés aux investisseurs étrangers.

¹⁰¹ - Il est vrai que, comme le rappelle W. Ben Hamida, cette précision peut paraître tautologique car les traités anciens comportent une définition large de l'investissement protégé qui inclut celui réalisé par les entités publiques.

¹⁰² - appels d'offres qu'elles gagnent quasi systématiquement, étant toujours les moins disantes en raison de la conjonction de plusieurs facteurs. V. Eddie Cottle, Les entreprises de construction chinoises en Afrique : un défi pour les syndicats, 3 Septembre 2014, qui rapporte les propos du PDG de Vinici, « le plus important entrepreneur mondial du secteur de la construction » selon lesquels « les offres soumises par les sociétés chinoises sont souvent 75% inférieures à celles des firmes occidentales ». Qui plus est un ingénieur chinois touche approximativement 130 USD par mois, soit un sixième de ce que touche les ingénieurs angolais payés par les européens ! ».

¹⁰³ - Venues dans le cadre de la BRI, les entreprises chinoises vont accumuler une expérience qui va les servir dans des projets futurs qu'ils soient de même nature ou non. Les grands groupes chinois ont procédé de cette manière en Afrique

¹⁰⁴ - en particulier une banque d'Etat ou le fonds pour la Route de la Soie.

¹⁰⁵ - **La condition est tantôt implicite, tantôt explicite. Dans les accords de crédit conclus entre l'Eximbank et certains pays africains, on trouve même une clause stipulant que les produits et équipements utilisés pour le marché doivent être achetés de préférence auprès de la République Populaire de Chine.**

pour attirer les entreprises étrangères qui pouvaient y voir l'opportunité d'opérer « en étant protégées de la bureaucratie et de la paperasserie qui caractérisent le reste du pays » tout en profitant « de politiques préférentielles, de la mise à disposition de milliers de ressources et d'un emplacement de choix au sein de centres régionaux pour la créativité et l'innovation ».

Fonctionnant comme le laboratoire d'une transition de l'économie centralisée vers un capitalisme plus libéral, la formule a été exportée avec des fortunes diverses en Afrique¹⁰⁶ et dans certains pays asiatiques. Elle semble connaître un nouvel essor depuis le lancement de la BRI où l'on a noté qu'elle constitue l'un des instruments privilégiés de ce plan stratégique.

En 2018, « 75 zones économiques spéciales auraient été construites depuis le lancement de la BRI »¹⁰⁷.

- 44- Fonctionnant suivant un régime spécifique, ces zones créées par « des sociétés holdings chinoises » qui en assurent la maîtrise ont pour objet, en accord avec les pays d'accueil concernés, de construire un nid pour accueillir le phénix, c'est-à-dire d'accueillir dans un cocon protecteur des entreprises chinoises désireuses d'investir à l'étranger, les entreprises accréditées bénéficiant alors de conditions juridiques, fiscales, douanières favorables et pouvant bénéficier d'aides financières des autorités chinoises, sous forme de subventions ou de prêts bonifiés »¹⁰⁸.

Du point de vue juridique, la technique évoque tantôt le régime de la convention d'établissement, tantôt celui des zones franches prévues par certains codes d'investissements nationaux mais elle s'en distingue dans sa nouvelle version par un trait essentiel : la zone économique spéciale est « mise en œuvre par une entreprise chinoise désignée par la Chine pour organiser sur le territoire d'un pays tiers une enclave soumise de fait au droit chinois »¹⁰⁹.

- 45- La conséquence en est, comme le relève R. Guillaumond, que « les rapports entre les entreprises chinoises sont influencées par le droit et les usages chinois, plus que par la réglementation en vigueur du pays d'accueil, ce qui ne peut être sans conséquence dans les rapports entre ces entreprises et les entreprises tierces pouvant être impliquées dans des opérations de commerce ou d'investissement »¹¹⁰.

Il s'agit de limiter autant que possible dans ces zones les interférences de la réglementation de l'Etat d'accueil alors que dans le régime classique de la convention d'établissement, celle-ci définit les droits (facilités et exemptions reconnues) et obligations de l'investisseur tout en rappelant que le bénéficiaire respecte la législation nationale, laquelle constitue d'ailleurs le fondement du régime de faveur qui lui est accordé. Il n'est donc pas question dans le régime de la Convention d'accueil de constituer une zone complètement soustraite à la souveraineté de l'Etat d'accueil et dans laquelle l'entreprise étrangère exporte avec elle, en même temps que les équipements divers qui lui permettent de construire les infrastructures qu'elle est chargée de réaliser, le droit qui régit ses rapports avec ses divers partenaires.

¹⁰⁶ - Th. Pairault, La Chine en Afrique et la question des parcs industriels.

¹⁰⁷ - A. Ekman (dir), La France face aux Nouvelles routes de la Soie chinoises, Etudes de l'IFri, Octobre 2018, p. 22, qui cite le ministre chinois du Commerce.

¹⁰⁸ - R. Guillaumond, Etude précitée, in RDAI, 2019, 2.

¹⁰⁹ - T. Pairault, De pseudo-ZES le long des nouvelles routes de la Soie : les zones de coopération économique et commerciale à l'étranger, 2018, halshs-01852285 pour qui il s'agit du prolongement à l'étranger de ZES créées en Chine et dédiées aux industries exportatrices, les premières procédant de la même volonté politique chinoise que les secondes, dans un contexte mondial ayant évolué ».

¹¹⁰ - ibid.

Dans les zones économiques créées tout au long des Nouvelles routes de la Soie, le lien est plutôt entre les entreprises et le pays d'origine qui fournit financements et subventions¹¹¹.

- 46- **Pour consolider leur présence et leur puissance, ces entreprises utilisent et, c'est la deuxième ressource de la mondialisation du droit, les immenses possibilités qu'ouvre l'ingénierie juridique dans le contexte du mouvement généralisé de contractualisation des droits nationaux.**

On soulignera ici en particulier l'usage combiné par ces entités de la technique contractuelle et des mécanismes sociétaires pour accroître leur puissance économique et étendre leur domination dans plusieurs secteurs de l'économie des pays d'accueil¹¹².

Il est vrai que ce phénomène va au-delà de l'espace des seuls pays concernés par la BRI.

On a relevé que la Chine est devenue en dix ans « l'un des pays les plus importants par le nombre de fusions et acquisitions réalisées en Europe », la prise de conscience européenne de ce phénomène et de ses implications pour la sécurité économique européenne s'était faite, seulement, à partir de 2016, à la faveur « du ciblage par des intérêts chinois d'entreprises de haute technologie en Allemagne symbolisée par l'emblématique fabricant de robots kuka »¹¹³ et confirmée « à travers la concentration des opérations d'acquisition sur des entreprises de haute technologie, impliquant des montants toujours plus importants »¹¹⁴.

- 47- Cette concentration n'est pas due au hasard. Elle constitue l'un des volets de la mise en œuvre du Plan « Made in China 2025 » de 2015 qui fixe parmi les objectifs prioritaires de la Chine, la percée dans des secteurs des technologies de l'information, des machines-outils automatisées et de la robotique, des infrastructures ferroviaires de pointe¹¹⁵, des équipements aérospatiaux et aéronautiques, les véhicules économes en énergie et à énergie nouvelle, de la biomédecine et des appareils médicaux de haute performance.

L'un des instruments stratégiques privilégiés de la réalisation de ces objectifs qui visent à asseoir « la suprématie technologique de la Chine en s'assurant la maîtrise de technologies émergentes, qui permettront de rattraper puis surpasser les pays occidentaux dans les industries de pointe »¹¹⁶ est la création de « champions

¹¹¹ - T. Pairault, étude précitée, s. p. 6 pour qui ces zones « sont un dispositif aux mains du gouvernement chinois pour mener sa stratégie des Nouvelles routes de la Soie ».

¹¹² - Pour la seule année 2017, on relève « 62 fusions et acquisitions entreprises dans les pays concernés par l'initiative 'Ceinture et route' pour un montant de 8,8 milliards d'USD. Le plus grand projet a été l'acquisition conjointe, par la China National Petroleum Corporation et la China Energy Company Limited, de 12% de la compagnie pétrolière nationale d'Abu Dhabi, aux Emirats arabes unis » (A. Saarela, Les relations entre l'Union européenne et la Chine : une nouvelle ère de coopération stratégique plus étendue ? Etude, Parlement européen. Département thématique des relations extérieures, s. p. 49).

¹¹³ - V. E.-A. Martin, « L'Union européenne va-t-elle se laisser acheter ? Le filtrage des investissements étrangers en Europe », Etude de l'Ifri, Ifri, Mars 2019, p. 13 et p. 16. Mais l'auteur rappelle que, déjà en 2010, le rachat par société chinoise Xinmao de la société néerlandaise Direka, spécialisée dans le câble de haute technologie, « dont l'enjeu était la consolidation de la filière du câble européen, (avait) suscité des inquiétudes au niveau politique, quant au risque d'acquisition de technologie européennes » (Etude précitée, s. p. 5).

¹¹⁴ - *ibid.*

¹¹⁵ - Selon une version actualisée du Plan « Made in China 2025 », publiée en 2018, l'objectif est désormais pour la Chine de devenir « le premier producteur mondial de matériel de télécommunication, ferroviaire et d'alimentation électrique d'ici 2025, et le deuxième ou troisième producteur dans des secteurs industriels tels que la robotique, l'automatisation haut de gamme et les véhicules à énergies renouvelables d'ici 2025 » (A. Saarela, Etude précitée, in Parlement européen, Etude, s. p. 33) ; L'auteur cite les propos du vice-ministre de l'industrie et des technologies de l'information selon lesquels « la Chine est déjà l'un des plus grands producteurs mondiaux de plus de 220 types de produits ».

¹¹⁶ - E.-A. Martin, Etude précitée, in Etudes de l'Ifri, Ifri, Mars 2019, s. p. 19.

nationaux, capables de concurrencer les entreprises mondiales dans ces secteurs, c'est-à-dire de grands groupes d'Entreprises, d'Etats efficients »¹¹⁷. Comme cela a d'ailleurs été relevé dans le cadre européen, « plus de deux tiers des acquisitions chinoises dans l'UE ont été conduites par des entreprises d'Etat, ce qui (a pu) nourrir des suspicions relatives à des distorsions de concurrence au détriment des entreprises européennes, en raison des conditions de financement hors marché ou du manque de transparence pour ce qui touche à la gouvernance et aux objectifs stratégiques des entreprises »¹¹⁸.

- 48- En réaction l'Union Européenne a institué un dispositif de filtrage des investissements étrangers dans les secteurs stratégiques, qui s'apparente cependant plus à un cadre procédural minimal », instituant une coopération entre les Etats au sujet d'investissements pouvant porter atteinte à des projets ou des programmes présentant un intérêt pour l'Union européenne qu'une véritable réglementation des investissements étrangers dans « les secteurs jugés stratégiques ».

Le dispositif ne cible pas, par ailleurs, la Chine en particulier. Même si son adoption a été directement motivée par les acquisitions d'actifs opérées par les entreprises publiques chinoises dans des secteurs stratégiques, il se veut fondé sur « la non discrimination entre les pays tiers, la transparence et la prévisibilité des procédures... »¹¹⁹.

A vrai dire, la question des investissements chinois dans les pays membres de l'Union européenne ne pourrait être traitée de manière adéquate que dans le cadre de l'Accord global sur les investissements dont les négociations continuent de piétiner.

- 49- **On peut dans certains cas faire appel aux ressources du droit européen de la concurrence car celui-ci, à l'instar de beaucoup d'autres législations sur la concurrence, est fondé sur « la théorie de l'effet interne » qui a le mérite de « ne faire dépendre l'applicabilité des règles de la concurrence ni de la nationalité des entreprises, ni de la répartition de leur capital, ni surtout de leur lieu d'implantation »**¹²⁰ mais uniquement de leurs effets sur le marché intérieur. Cela vaut d'abord pour les concentrations économiques, dont le lien avec les acquisitions d'actifs est plus direct, à condition que cette acquisition d'actifs confère à l'entreprise qui en est issue une part de marché jugée incompatible avec le marché intérieur en raison des risques d'atteinte à la concurrence qu'elle implique.

Cela vaut ensuite pour les abus de position dominante, lorsque l'acquisition d'actifs permet à une ou plusieurs entreprises chinoises d'être dans une position dominante qu'elles « exploitent de façon abusive sur le marché intérieur ou sur une partie substantielle de celui-ci ».

¹¹⁷ - La fusion de China South Locomotive and Rolling Stock Corporation qui détenait 30% du marché mondial de la construction de trains grande vitesse et de China CNA Corporation qui détenait 18% de ce marché, donnant naissance à la Société CRRC Corporation Ltd, en constitue une illustration parlante.

¹¹⁸ - E-A. Martin, étude précitée, s. p. 20. On observera cependant que le droit européen avait dès le Traité de Rome (article 222) affirmé sa neutralité à l'égard des régimes de propriétés adoptés dans les Etats membres (V. Winckler, Public et privé : l'absence de préjugés, in Public et Privé, APD, 1997, p. 301 et s, pour qui cette position reflète le refus des rédacteurs du Traité de Rome de prendre parti « dans le débat opposant à la fin des années 1950 les disciples de l'économie de marché et ceux de l'économie planifiée, laissant à chaque Etat la liberté d'étoffer s'il le désire son secteur public, en instituant des entreprises publiques et en nationalisant les entreprises privées ») se bornant à poser le principe de l'égalité soumission des entreprises publiques à toutes les règles qu'il énonce, en particulier, concernant la concurrence et les aides de l'Etat.

¹¹⁹ - *ibid.*

¹²⁰ - L. Vogel, Droit européen des affaires, 2 éd., Dalloz, 2019, s. n°487.

50- Il convient toutefois de souligner que les textes européens ne condamnent pas, du moins en théorie, en tant que telle, l'acquisition d'une position dominante (quelle que soit la modalité de cette acquisition : croissance interne, prix de participation ou fusion) mais seulement son exploitation abusive. **Pourtant, la CJCE a consacré, dès 1973, dans la fameuse affaire Continental Caen, la notion « d'abus de structure », suivant laquelle, il y a abus non seulement en cas de « pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs » mais également en cas de pratiques qui « leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective »¹²¹.** Avec cette définition, on pourrait considérer qu'une prise de participation par une entreprise chinoise en position dominante dans une société européenne concurrente constituerait une exploitation abusive de sa position dominante dans la mesure où elle peut porter atteinte à une structure de concurrence effective.

Enfin, le droit des ententes peut également trouver à s'appliquer en cas d'accords ou de pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché européen.

Il ne faut toutefois pas surestimer l'importance du droit de la concurrence car celui-ci n'entre en jeu que si véritablement les acquisitions d'actifs ont des effets réels et sensibles sur le jeu de la concurrence. Il en résulte que s'il y a acquisition d'actifs dans un secteur sensible qui n'affecte pas la concurrence, le droit de la concurrence ne pourra pas jouer.

51- Les pays européens restent divisés quant à l'appréciation des avantages et des inconvénients des investissements chinois dans l'espace européen. La BRI qui corrèle toutes les priorités du gouvernement chinois¹²² ne fait qu'accentuer ces divisions¹²³.

Le problème dépasse la seule question des rapports entre la Chine et l'Europe. Il met enjeu la compatibilité du modèle de développement adopté par la Chine avec les principes juridiques portés par la mondialisation.

Du point de vue strictement juridique, il n'y a pas de règle de droit international interdisant à un Etat de privilégier un mode de développement économique fondé majoritairement sur les entreprises publiques. **Le principe, réaffirmé par la Cour internationale de Justice de l'affaire des activités militaires et paramilitaires des Etats-Unis au Nicaragua, est que chaque Etat détermine librement son régime**

¹²¹ - CJCE, 21 Février 1973, 6/72, Europemballage, Lawlex 024140, att. N°22 ; RTD eur. 1973, p. 420, obs. A. Jacquemin.

¹²² - Comme cela a été relevé « la Chine est actuellement en train d'aligner B&R avec la majorité de ses priorités de politique étrangère et intérieure. Aussi, la prise en compte de documents dédiés aux Routes de la Soie n'est pas suffisante pour comprendre et analyser B&R dans toutes ses dimensions. Les autres documents ne portant pas spécifiquement sur B&R sont tout aussi éclairants, et considérés par les autorités chinoises elles-mêmes comme un lien avec B&R. De fait, les autorités chinoises incluent de plus en plus, presque systématiquement, un paragraphe B&R dans les nouveaux documents de planification publiés, quels que soient le sujet ou la zone concernée » (A. Ekman (dir), La France face aux Nouvelles routes de la Soie chinoises », Etudes de l'IFri, Octobre 2018, s. p. 24-25).

¹²³ - La Chine a, on le sait, conclu des protocoles d'accord avec les 16 pays d'Europe Centrale et Orientale (PECO) « y compris la Bulgarie, la République tchèque, la Hongrie, la Pologne et les trois pays Baltes, qui ont accepté de s'aligner sur l'initiative... Les investissements chinois dans la zone PECO ont dépassé 9 milliards d'USD en 2017, et près de 20 projets ont été menés à bien ou sont en cours de construction, dont la ligne ferroviaire Hongrie-Serbie pour laquelle la Serbie a emprunté 297,6 millions d'USD à la banque chinoise Exim. La Commission européenne examine actuellement la conformité de ce projet à la législation européenne face à une possible violation des règles financières (telles les exigences de l'Union en matière de transparence des marchés publics » (A. Saarela, Etude précitée, s. p. 10-11).

économique, politique et social¹²⁴. Mais l'affirmation de ce principe est faite sous réserve des engagements internationaux contractés par chaque pays.

52- A cet égard, il n'est pas sans intérêt de rappeler qu'en Europe même, les fondateurs de la communauté économique européenne s'étaient abstenus de privilégier un développement économique fondé sur la propriété privée. Les rédacteurs du Traité de Rome ont délibérément refusé de prendre parti « dans le débat opposant à la fin des années 1950 les disciples de l'économie de marché et ceux de l'économie planifiée, laissant à chaque Etat la liberté d'étoffer s'il le désire son secteur public, en instituant des entreprises publiques ou en nationalisant des entreprises privées »¹²⁵. En contrepartie, ils ont prévu l'assujettissement des entreprises publiques aux mêmes règles que celles qui s'appliquent aux entreprises privées, notamment les règles de la concurrence (ententes, abus de position dominante...) et les aides de l'Etat¹²⁶.

53- Le droit de l'OMC va dans le même sens et l'une des questions essentielles soulevées par « le capitalisme d'Etat » chinois est celle de la comptabilité des avantages accordés par la République populaire de Chine à ses entreprises publiques avec les engagements souscrits par elle au terme du protocole d'accession à l'Organisation Mondiale, dont il a été souligné qu'il lui imposait des obligations draconiennes¹²⁷.

Les pays occidentaux et notamment les Etats-Unis reprochent à la Chine de ne pas toujours respecter les obligations souscrites par elle et prennent des mesures unilatérales en guise de riposte.

Appelé à arbitrer certains des litiges entre la Chine et son puissant partenaire commercial, l'Organe d'appel de l'OMC a quelquefois donné raison à la première¹²⁸, ce qui a irrité les

¹²⁴ - CIJ, 27 Juin 1986, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, 1986, p. 133 # 263. La CIJ souligne ainsi : « quelque définition qu'on donne du régime au Nicaragua, l'adhésion d'un Etat à une doctrine particulière ne constitue pas une violation du droit international coutumier. Conclure autrement reviendrait à priver de sens le principe fondamental de souveraineté des Etats sur lequel repose tout le droit international et la liberté qu'un Etat a de choisir son système politique, économique et culturel (c'est nous qui soulignons).

¹²⁵ - V. Winckler, « Public et privé, l'absence de préjugés », in Public et Privé, APD, 1997, p. 301 et s.

¹²⁶ - L. Idot, « Regard sur la modernisation du contrôle des aides d'Etat », Concurrences 4/2014, p. 83.

¹²⁷ - V. notamment L. Choukroune, La Chine et le système de règlement des différends de l'OMC. Capitalisme d'Etat et régulation internationale du commerce, in Perspectives chinoises, 2012/1, p. 51-60, qui écrit : « Le Protocole d'accession de la Chine à l'OMC était et demeure unique du fait qu'il comporte un certain nombre d'obligations dites « OMC-plus » et de droits pensés comme OMC-moins. Comme n'importe quel autre membre de l'OMC, la Chine a pris une série d'engagements traditionnels concernant l'accès au marché mais également un certain nombre de règles spécifiques qui sont maintenant très critiquées par les hauts fonctionnaires et experts commerciaux de Pékin ». Au titre de « ces obligations OMC-plus », il y a d'abord celles qui se rapportent « à l'état de droit ou la mise en place d'un régime commercial plus transparent ainsi qu'au contrôle juridictionnel indépendant et à l'application uniforme des règles relatives au commerce » ; il y a ensuite celles qui concernent « l'obligation de pratiquer progressivement une économie de marché » et notamment celle « de laisser le marché déterminer les prix d'un certain nombre de biens nationaux » ; il y a également « l'obligation d'éliminer les taxes à l'exportation », et celles spéciales « en matière d'investissement étranger » (ne pas soumettre l'autorisation accordée aux investisseurs étrangers à l'existence de fournisseurs nationaux concurrents...), le tout couronné par la « Mise en place d'un mécanisme d'examen transitoire supplémentaire » qui vient « s'ajouter aux examens traditionnels des politiques commerciales qui sont organisées à intervalles réguliers pour tous les Membres ». Quant aux « provisions OMC-moins », elles portent sur le droit de tout Membre importateur d'utiliser les méthodes de calcul particulières pour les économies qui ne bénéficient du statut d'économie de Marché afin de calculer les subventions chinoises et prendre éventuellement des mesures contre celles-ci » ou le droit, en matière de Mesures antidumping pour tout membre de ne pas traiter la Chine comme une économie de marché...

¹²⁸ - Notamment, sur la définition de « l'organisme public » au sens des Accords de l'OMC. Prenant le contrepied du Groupe Spécial qui, saisi, suite à une plainte des USA, avait considéré comme « Organisme

Etats-Unis qui continuent de bloquer le renouvellement de cet Organe, qu'ils accusent d'outrepasser ses pouvoirs en se lançant dans « un activisme judiciaire contraire à la lettre et à l'esprit de l'Accord de Marrakech qui aurait créé une Organisation devant rester sous le contrôle des Etats membres »¹²⁹.

Il semble clair que les Nouvelles Routes de la Soie que les Etats-Unis combattent en mobilisant une partie de leurs alliés sous l'étendard « du concept d'Indo-Pacifique » ne feront qu'attiser la contradiction avec la Chine et son capitalisme d'Etat.

- 54- Une autre critique souvent faite aux Entreprises chinoises opérant dans le cadre de la BRI et, de façon générale, à la Chine, concerne le non-respect des normes protectrices de l'environnement. Il faut dire que l'un des problèmes du mode de développement chinois était, jusqu'à ces dernières années, sa forte dépendance à l'égard du charbon avec les conséquences néfastes qui en découlent pour l'environnement¹³⁰.

Et si une inflexion du mode de croissance a été initiée à partir des années 2000, la Chine mettant en place un « dispositif juridique et administratif de lutte contre les dégradations » couplé à un ambitieux programme d'investissement dans les énergies renouvelables »¹³¹, cela ne pouvait effacer d'un trait de plume la dépendance à l'égard du charbon.

Aussi, certains soupçonnent-ils la Chine de vouloir déporter à travers les Routes de la Soie son modèle peu « écolo compatible » vers d'autres pays¹³².

- 55- **On a ainsi relevé qu'elle finance, dans le cadre des Nouvelles Routes de la Soie, beaucoup de centrales en charbon en Afrique que ses entreprises construisent. En « Afrique du Sud, en Zambie, au Kenya, en Tanzanie, au Ghana ou encore à Madagascar, la Chine construit des centrales thermiques, dont les 2/3 sont considérées comme dangereuses selon l'IEEFA »¹³³. Le charbon est souvent importé de Chine, laquelle est en même temps devenue le plus gros producteur d'énergies propres dans le monde, investissant énormément dans le solaire, l'éolien et l'hydroélectricité, d'où le paradoxe : « A mesure qu'elle se verdit, la Chine a tendance à noircir le ciel de ses partenaires à commencer par l'Afrique »¹³⁴.**

Il convient cependant de nuancer ce jugement en soulignant que les Nouvelles Routes de la Soie comportent désormais « une dimension environnementale, les dirigeants chinois

public », toute entité contrôlée par un gouvernement, l'Organe d'appel restreint la définition à « une entité qui possède, applique ou est investie d'une autorité gouvernementale » (V. L. Choukroune, article précité, in Perspectives chinoises, 2012, 1, s. p. 56).

¹²⁹ - qui seraient selon les USA, les seuls à pouvoir en changer les règles par la voie de la négociation. V. E. Fabry et E. Tate, Sauver l'Organe d'appel de l'OMC ou revenir au Far West commercial ? in notre Europe, Institut Jacques Delors., Policy Paper n°225, 29 Mai 2018, s. p. 8-10.

¹³⁰ - V. notamment, J-F. Huchet, La crise environnementale en Chine, éd. Science Po des presses, 2016, p. 90-94, s. p. 93, qui souligne que « l'utilisation massive du charbon dans la production d'électricité et dans l'industrie lourde est la cause principale de la dégradation de la qualité de l'air en Chine : radon, poussière de suie, dioxyde de soufre, oxydes d'azote, métaux lourds... » et p. 94 : « La consommation de charbon en Chine serait à elle seule responsable de 20% des émissions mondiales de CO2 ».

¹³¹ - J-F. Huet, ouvrage précité, s. p. 145-146.

¹³² - Ce qui ne serait du reste que la reprise d'un schéma déjà pratiqué par d'autres pays. V. M. Auzanneau, « Pas de puissance sans énergie : la croissance verte est-elle un oxymore ? in B. Badie, D. Vidal, Qui gouverne le monde ? éd. La Découverte, 2018, p. 178-186, s. p. 181 pour qui, « la baisse de la demande d'énergie des vieilles puissances industrielles occidentales a été jusqu'ici plus que compensée par le déport de l'expansion thermo-industrielle vers la Chine et les autres économies émergentes (déport permis par les capitaux, les importations et l'endettement desdites puissances occidentales).

¹³³ - V. S. Le Belzic, En Afrique, « la Chine investit surtout dans les énergies fossiles et polluantes », Le Monde du 4 Février 2019.

¹³⁴ - ibid.

faisant savoir qu'ils souhaitent que ces routes soient « à la fois économiquement viables et respectueuses de l'environnement »¹³⁵ et que les projets financés par la Chine le sont en concertation avec les pays récipiendaires. Il appartient aussi à ces derniers d'intégrer la dimension environnementale dans leurs politiques de développement.

La très grande majorité de ces pays, y compris les pays africains, ont d'ailleurs une législation environnementale très complète qui consacre l'obligation de mener des études d'impact environnemental et tous les principes fondamentaux, dont, notamment, le principe de précaution.

56- Quelquefois, il est vrai, l'urgence du développement économique met au second plan la protection de l'environnement¹³⁶.

On peut espérer que la prise de conscience par la République populaire de Chine de la nécessité de s'engager dans une transition énergétique¹³⁷ effective et la conversion, il est vrai, encore limitée, de certaines entreprises chinoises au thème de la responsabilité sociale de l'entreprise, débouchent sur une prise en compte plus affirmée de l'impératif de protection de l'environnement dans les Etats d'accueil de l'investissement chinois.

Dans le prolongement de cette observation, il faut également espérer que l'appropriation encore timide du thème de la responsabilité sociale de l'Entreprise par les firmes chinoises se traduise par des résultats positifs en matière de lutte contre la corruption, les entreprises chinoises étant souvent indexées comme recourant, en particulier, en Afrique, à la pratique de la corruption. Sur ce terrain, aussi, la Chine qui a engagé un combat soutenu contre les ravages de ce fléau à l'intérieur du pays, se doit, en particulier si elle veut renforcer son soft power, d'accompagner le mouvement amorcé dans tous les grands pays contre la corruption transnationale.

3-2. L'exportation des standards, des normes et des valeurs d'origine chinoise

57- Comme il a été judicieusement souligné, même si elles sont moins visibles que les infrastructures physiques « les normes et les standards forment des éléments de base de la

¹³⁵ - Ce qui signifie, pour ce qui concerne les infrastructures, « que les systèmes de transport et de consommation d'énergie soient conçus dans une optique durable sur le plan environnemental, afin de durer, résister aux intempéries, respecter la planète et éviter une dépendance excessive envers le carbone » (V. HSB, Global Asset Management, Les Nouvelles Routes de la Soie. Comprendre l'étendue des opportunités, Avril 2019, p. 19, qui relève que « Plusieurs projets des Nouvelles routes de la Soie financés par le Silk Road Fund sont des exemples en matière de développement durable », citant pour Dubaï, le « Hassyran Clean Coal Power Project qui « utilise des technologies ultra supercritiques pour répondre aux normes de l'UE les plus strictes pour les émissions de carbone industrielle, tout en contribuant à la protection de l'environnement local, à des économies d'énergie et à des réductions de gaz à effet de serre » et le projet de revitalisation des déchets au Vietnam, qui collecte 650 tonnes de déchets ménagers par jour (soit 85%-90% de l'ensemble des déchets ménagers) et génère 60 millions de kwh d'énergie verte par an en respectant totalement les normes d'émissions UE 2010. L'Etude ajoute que « L'initiative devrait également créer d'importantes opportunités liées aux technologies des véhicules électriques, aux panneaux solaires dernière génération, aux turbines éoliennes, aux batteries, au recyclage hight tech et à la question des déchets ».

¹³⁶ - Telle est situation de beaucoup de pays africains en matière d'électricité où l'on relève « que plus de la moitié des Africains n'ont pas accès à l'électricité », « l'électricité y étant trois fois plus chère qu'aux USA et en Europe, ce qui explique en partie le retard de l'industrialisation (dans ce continent) », V. S. Le Belzic, article précité, in Le Monde du 4 Février 2019.

¹³⁷ - Comme le relève A. Massonne, Le dirigisme, premier atout de la tech chinoise (Le Monde du 18/02/2018) « Avec 50% du parc mondial des voitures électriques, la Chine n'attend pas la prochaine Conférence sur le climat pour s'attaquer à la pollution ».

connectivité puisqu'ils créent une sorte de langage commun qui facilite l'interopérabilité de divers biens, services, technologies et infrastructures »¹³⁸.

La question de la nature juridique de ces normes et standards, officiellement relégués dans l'univers de l'art ou de la technique par opposition au monde de la normativité juridique, fait toujours l'objet de controverse.

Il reste qu'en dépit de la persistance de cette controverse, les normes et les standards techniques connaissent une expansion remarquable¹³⁹ et s'imposent même, « spécialement dans le contexte supra ou transnational comme forme de normativité concurrente des règles et des institutions juridiques classiques »¹⁴⁰. On comprend, alors, que cette normativité concurrente soit un enjeu de la compétition entre les Etats, notamment les Etats puissants, d'une part, et entre les différents acteurs de la normalisation, d'autre part.

58- Cette considération n'est pas étrangère à la volonté manifestée par la Chine de prendre en compte « certaines normes internationales afin de booster son développement et faciliter l'internationalisation de ses entreprises »¹⁴¹, tout en développant « ses propres méthodes et technologies fondées sur ses propres normes, surtout dans le cadre des nouvelles industries qualifiées de stratégiques »¹⁴².

Dans cette perspective, comme le soulignent S. Boisseau du Rocher et E. Dubois de Prisque « la BRI pourrait constituer une plateforme de standardisation idéale : depuis 2015, la convergence normative a d'ailleurs été intégrée dans ses objectifs. Moyen détourné pour se soustraire aux normes du commerce international et créer une zone normative privilégiée »¹⁴³.

¹³⁸ - A. Ekman (dir), F. Nicolas, C. Pajon, J. Seaman, I. Saint-Mézard, S. Boisseau du Rocher, T. Kastonini-Jean, La France face aux Nouvelles routes de la Soie chinoises, Octobre 2018, s. p. 32, qui ajoutent : « En même temps, la maîtrise des normes constitue un enjeu économique et stratégique important : le créateur des normes est en mesure d'influencer la direction que prendra le développement d'une technologie, d'un marché ou d'une autre activité à normaliser ».

¹³⁹- Comme le relève B. Frydman : « Il n'y a guère de domaine de notre existence et de notre monde qui ne soit de part en part traversé et même saturé par les normes, qu'il s'agisse de notre corps et de notre santé, de l'économie et de nos professions, de l'environnement naturel et technologique et de notre rapport aux objets, voire même... de la politique, de la justice, de l'école et même des droits de l'homme » (B. Frydman, Prendre les standards et les indicateurs au sérieux, in B. Frydman et A. Van Waeyenberge (dir), Gouverner par les standards et les indicateurs, De Hume aux Rankings, Bruylant, 2014, p. 5-65, s. p. 7).

¹⁴⁰- *ibid*, qui cite l'exemple de la norme ISO 26000 et les raisons qui expliquent le consensus dont elle a bénéficié en ces termes : « L'explosion des codes de conduite d'entreprises et la guerre des standards dans certains secteurs, notamment entre l'américaine SA 8000 et la chinoise CS 9000 T suscite le besoin d'un standard unique, conforme aux grands principes fixés par l'OIT et l'ONU, mais plus détaillé et opérationnel pour les entreprises ainsi que pour l'ensemble de la filière de contrôle et d'évaluation des engagements, en ce non compris les agences de notation non financières... Avec la norme ISO 26000, on voit que les acteurs sociaux privilégient désormais la voie de la normalisation technique par rapport à la réglementation juridique pour réguler des rapports sociaux qui semblaient pourtant relever du noyau dur de la juridicité ».

¹⁴¹ - Et cela d'autant plus que selon le droit de l'OMC, les normes techniques pouvant faire obstacle au commerce des produits et des services ne sont autorisées que si elles sont nécessaires à la réalisation des « objectifs de protection de la sécurité nationale, de la santé et de sécurité des personnes et des animaux, de protection de la végétation et de l'environnement ainsi que pour prévenir les risques de tromperie. L'OMC incite à cet égard les Etats membres à se référer aux normes et aux procédures d'évaluation et de certification en la matière (en leur fournissant un code de pratiques pour l'élaboration de ces normes) puisque les règlements et procédures nationaux conformes et procédures internationales sont présumés de manière irréfragable « ne pas créer un obstacle non nécessaire du commerce international » (B. Frydman, étude précitée).

¹⁴² - A. Ekman (dir) et alii, La France face aux Nouvelles routes de la Soie, s. p. 33 qui notent « Ainsi, les normes font désormais partie intégrante des grandes stratégies industrielles chinoises ».

¹⁴³ - La Chine est le monde, Essai sur la sino-mondialisation, op.cit., s. p. 153, qui souligne « qu'il existe plus de normes en Chine que dans n'importe quel autre pays au monde », qui était « un des éléments existentiels de la

59- De fait, la Chine a déjà à son actif plusieurs succès, dans des domaines qui touchent tous à la BRI, comme « les trains à grande vitesse »¹⁴⁴ ou « le domaine énergétique »¹⁴⁵, ou encore celui « du numérique et des télécommunications »¹⁴⁶. Les succès enregistrés par l'Empire du Milieu et qui inquiètent sérieusement l'Occident sont liés au modèle de développement de la Chine fondé sur le mariage du dirigisme et de l'économie de marché. C'est ce mariage a priori improbable, dans lequel le dirigisme joue le rôle de *pater familias*, qui est aujourd'hui « le principal atout de la tech chinoise »¹⁴⁷.

Ainsi, dans le domaine des technologies numérisées qui soulèvent d'importantes questions d'éthique, le dirigisme semble favoriser la Chine, puisque les choix sont faits uniquement par le pouvoir, là où en Occident, ils mobilisent une multitude d'acteurs et de foras souvent hétérogènes, ce qui ralentit la prise de décision et partant les progrès en la matière. En somme, dirigisme simplifie les choses pour le Pouvoir chinois qui, en même temps qu'il « ressert son emprise sur la société, bâtit une véritable « économie numérique d'avant-garde »¹⁴⁸. « Le civisme de masse » qui en découle « s'impose aux entreprises chinoises dont il oriente autant qu'il stimule les efforts d'innovation », lesquels conduisent dans de nombreux domaines « à des avancées en termes de technologies et d'usages qui placent la Chine devant les Etats-Unis et l'Europe »¹⁴⁹.

60- Les Routes de la Soie devraient permettre à cet « écho système chinois »¹⁵⁰ un déploiement à une échelle sans cesse élargie.

Parallèlement, la Chine, utilisant les techniques de l'ingénierie financière, a conclu avec de nombreux pays membres de la BRI des accords d'échanges de devises (*Swap lines*)¹⁵¹ qui participent au mouvement d'internationalisation du Renminbi, qui est aussi l'un des effets recherchés des Nouvelles Routes de la Soie¹⁵².

gouvernance mondiale », la Chine s'investit pour participer activement à leur élaboration, « lançant un nombre incalculable d'initiatives... » et s'impliquant dans l'ISO, dont elle assure la présidence depuis 2015.

¹⁴⁴ - *ibid*, Ces auteurs soulignent que « la Chine a réussi » (ici) à se démarquer en développant des systèmes chinois fondés sur des normes chinoises. Par exemple, des 254 standards intégrés dans le dernier train « Renaissance » EMU, 84% sont des standards nationaux chinois. Plus la Chine réussit à exporter ses trains, plus elle sera en mesure d'exploiter ses normes et standards ».

¹⁴⁵ - *ibid*, qui note que la Chine ayant « fait des progrès considérables, par exemple, dans les réseaux sociaux de distribution », elle promet, aujourd'hui dans l'esprit de la BRI « le développement des réseaux électriques transnationaux basés sur des chaînes de transmission à très haute tension (UHV) et d'autres technologies dont elle maîtrise une bonne partie des standards associés ».

¹⁴⁶ - *ibid*, qui relève que « la Chine se met en bonne position pour influencer les normes de la cinquième génération des réseaux mobiles (5G) qui facilitera le développement de toute une nouvelle vague de technologies ».

¹⁴⁷ - A. Massonne, Le dirigisme premier atout de la tech chinoise, *Le Monde* du 18/02/2019.

¹⁴⁸ - *ibid*, qui souligne que « de l'intelligence artificielle aux biotechnologies, aucun domaine n'est épargné ».

¹⁴⁹ - *ibid* et l'auteur de rappeler les avancées spectaculaires en matière de « voitures électriques ». C'est l'une des illustrations de la « revanche de la Chine » qui sous la férule de XI Jinping poursuit depuis 2012 « le déploiement de (sa) puissance » et « dispute aux Etats-Unis la suprématie technologique en renforçant son pouvoir » (V. « 1989-2019 : La revanche de la Chine », *Le Monde* du 13 Novembre 2019).

¹⁵⁰ - V. sur cet écho-système, V. R. Guillaumond, Les enjeux juridiques des Nouvelles Routes de la Soie, *op.cit.*.

¹⁵¹ - le dernier en date étant celui passé avec le Nigéria en Avril 2019.

¹⁵² - Comme le relève l'étude précitée du Trésor français (in Trésor – éco, n°229 – Octobre 2018, s. p. 6). « Les Nouvelles routes de la Soie constituent enfin un levier d'internationalisation du Renminbi sans contraindre les autorités chinoises à libéraliser le compte de capital et le taux de change. Elles incitent pour cela leurs partenaires à libeller en RMB les transactions commerciales conclues dans le cadre de l'initiative »

Enfin, la Chine exporte, aussi, ou plus précisément, diffuse sa conception de la mondialisation et des rapports internationaux ainsi que du droit qui les régit, à savoir le droit international.

C'est l'une des conséquences de la dimension géopolitique des Nouvelles routes de la Soie et qui explique les réactions hostiles de certains pays- les Etats-Unis en tête- à cette initiative.

L'interrogation soulevée par cet aspect de la question porte- au-delà de la forte tension entre les deux principales puissances économiques mondiales et le débat sur le « piège de Thucydide¹⁵³ » qu'elle alimente- sur les valeurs qui sous-tendent « La voie chinoise de la mondialisation ».

61- En quoi cette voie dont la BRI constitue le vecteur privilégié diffère-t-elle de celle suivie par la mondialisation sous l'égide des Etats Unis ?

Pour A. Garapon, la différence tient au fait que les Nouvelles routes de la Soie « misent sur des réalisations concrètes. Il s'agit d'un projet très pragmatique commençant par le bas, partant du réel en suivant un ordre exactement opposé à celui de la construction Européenne. Jusqu'ici les Etats Unis et l'Europe avaient donné la priorité à des investissements qui avaient directement ou indirectement (par le biais de conditionnalités sociales ou humanitaires) pour objectif de développer la santé publique, les droits des femmes, le soutien à la société civile, (la lutte) contre la corruption. Cela contraste avec la perspective chinoise qui mise sur les infrastructures (ports, routes, réseaux électriques, chemins de fer, aéroports, etc.) qui ont le mérite d'être plus concrets. Cette stratégie porte ses fruits déjà en Chine mais aussi dans les pays de l'Asie du sud Est tels que le Japon, Singapour ou la Corée du Sud. La Chine prétend seulement appliquer aux autres la méthode qui a fait ses preuves chez elle... »¹⁵⁴.

62- Cette approche pragmatique est confirmée par le discours des autorités chinoises présentant la BRI comme l'instrument d'un développement partagé, d'une économie croissante et ouverte¹⁵⁵ engageant la Chine dans une mondialisation « inclusive et sans frontières »¹⁵⁶. La vision délibérément optimiste, ouvrant des voies et des canaux multiples, tranche avec l'image de rétractation et de fermeture que le pays, leader actuel de la mondialisation, à savoir les Etats-Unis, donne à travers le projet d'édification d'un

¹⁵³- Ce débat relancé aux USA par le livre de Graham Allison, l'un des plus grands géopolitologues américains intitulé « Destined for war » (V. en langue française, G. Allison, Vers la guerre. L'Amérique et la Chine dans le piège de Thucydide, Odile Jacob) fait référence aux analyses de l'historien grec Thucydide, qui lors des guerres de Péloponnèse remarquait que la guerre entre Sparte et Athènes était devenue inévitable, à partir du moment où Sparte, puissance dominante, mais en déclin, voulait empêcher d'être dépassée par Athènes, puissance dominée mais en pleine ascension » P. Boniface, la Géopolitique. 50 fiches pour comprendre l'actualité, éditions Eyrolles, 2019, p 132-133. V. Également l'article de ph. S. Golub (« Entre les Etats Unis et la Chine, une guerre moins commerciale que géopolitique », Le monde diplomatique, n° 787 octobre 2019, p8 et 9 qui écrit : « une fois convertie à l'économie de marché, la Chine devait ne constituer qu'un maillon dans les chaînes de productions d'une économie mondiale pilotée par les Etats- Unis et leurs multinationales. Mais la rapidité de son développement inquiète désormais les dirigeants américains. Ils s'emploient donc à écraser une concurrence surgie plus vite que prévu et qui menace leur position de super puissance hégémonique ». Pour cela ils réduisent l'accès des importations d'origine chinoise au marché Américain (guerre commerciale), excluent les entreprises chinoises des secteurs de haute technologie où ils ont une avance qualitative, contestent les revendications territoriales de la Chine en mer méridionale au motif que son accès aux îles serait une menace pour l'économie américaine... imposent des contrôles stricts pour les visas..."

¹⁵⁴- A. Garapon, « les nouvelles routes de la soie : la voie chinoise de la mondialisation », Institut des Hautes études de la justice, 23 Novembre 2016, publications, Régulation de la mondialisation.

¹⁵⁵- Pour reprendre l'expression utilisée par le président chinois X. Jinping au forum économique mondial de Davos, le 17 janvier 2017

¹⁵⁶- M Foucher, l'Euro-Asie selon Pékin, politique étrangère, 2017, 1, p99-113

Mur sur ses frontières avec le Mexique ou celle que l'Europe véhicule à travers l'exposition de ses dissensions internes sur l'accueil des réfugiés. Alors que l'Occident, grand donneur de leçons, se protège contre l'afflux des pauvres, nouveaux barbares, en s'emmurant, la Chine ouvre les horizons, en allant à la rencontre de l'Autre.

Au Rebours de la conception occidentale de la mondialisation, dans laquelle l'économique est lié à l'Etat de droit et notamment aux droits de l'homme, « mais aussi à certaines valeurs fondamentales comme la lutte contre la fraude et la corruption, la conception chinoise se veut politiquement neutre et uniquement centrée sur les idées de compatibilité spatiale, d'effectivité du développement, de résultat concret pour les populations »¹⁵⁷.

- 63- On comprend qu'elle s'accompagne de la promotion de la vision classique du droit international qui fonde ce droit uniquement sur le principe de souveraineté et ses corollaires, la liberté pour chaque Etat de choisir son système politique, économique et social et la non-ingérence dans les affaires internes d'un Etat¹⁵⁸, insistant sur les valeurs de respect mutuel, de coexistence pacifique et repoussant les notions nouvelles apparues dans le sillage de l'idéologie du village planétaire qui s'est affirmée à la faveur de l'effondrement du bloc soviétique, comme celles de droit à la démocratie, de droit d'ingérence ou de la responsabilité de protéger ou encore celle d'obligation erga omnes.

Dans cette quête d'un retour au droit international classique, la Chine peut compter sur une alliée de poids, à savoir, la Fédération de la Russie, pour qui ces notions nouvelles constitueraient derrière l'universalisme affiché « l'un des bras de l'hégémonie de l'occident et de ses élites (états, banques et multinationales) contre des régimes politiques indépendants »¹⁵⁹

- 64- La position de la Chine vis-à-vis du droit international peut être résumée par la formule : oui au droit international mais seulement dans la mesure choisie par la Chine conformément à ses intérêts, ce qui explique l'adhésion à certaines conventions et traités internationaux, comme le Traité de Marrakech sur l'OMC (la Chine utilise à fond le mécanisme de règlement des différends de cette organisation contre les attaques américaines) ou l'accord de Paris de 2015 sur le Climat et le rejet d'autres (comme la convention de Rome portant création de la CPI) et à l'inverse la non ratification de certains traités (Pacte onusien sur les droits civils et politiques, Convention de Rome sur la CPI) ou leur quasi neutralisation (comme la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 mais la position de la Chine est en train d'évoluer sur cette convention).

De manière générale, comme le relève R. Guillaumond, « de même(qu'elle) restreint l'accueil dans son ordre juridique, de décisions d'origine étrangère, la Chine restreint

¹⁵⁷- A. Garapon, étude précitée, in Institut des Hautes études de la Justice, 2016, p.3

¹⁵⁸- dont il faut rappeler qu'il est expressément consacré par l'article 2 - 7 de la charte de San Francisco et par diverses résolutions de l'assemblée générale des Nations Unies : la résolution 2131 (XX) portant « Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des états et de la protection de leur indépendance et de leur souveraineté et la résolution 2625(XXV) portant « déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la charte des Nations -Unies"

¹⁵⁹- X. Souvignet la Russie et L'ingérence, RGDIP, 2019 n°1 p 39-52 p-43 qui cite en p44, un passage du décret du président de la Fédération de Russie du 30 Novembre 2016 affirmant que « la Russie mène une politique étrangère qui vise à créer un système de relations internationales stable et durable sur la base de normes universellement reconnues du droit international et des principes d'égalité, de respect mutuel, de non-ingérence dans les affaires intérieures afin d'assurer une sécurité durable et égale pour chaque membre de la communauté internationale »

l'accueil, au sein de son propre droit, des normes internationales même si celle-ci sont issues d'accords et traités qu'elle a ratifiés, la position hiérarchique de telles normes internationales ne faisant l'objet d'aucune disposition constitutionnelle et restant imprécises en droit chinois »¹⁶⁰.

65- Certes, comme la plupart des Etats et notamment les Etats puissants, la Chine a une politique juridique extérieure, c'est-à-dire, une stratégie pensée et réfléchie sur la meilleure façon d'utiliser le droit international conformément à ses intérêts¹⁶¹.

Mais alors que dans les pays où le système juridique est autonome par rapport au système politique, le droit peut encadrer dans certaines limites¹⁶² la conduite de la politique juridique extérieure des gouvernants, dans les pays où le système juridique n'est pas suffisamment autonome, comme la Chine, la liberté des dirigeants n'est limitée que par les contraintes externes.

Par ailleurs, S'agissant des Nouvelles Routes de la Soie, la position de la Chine sur la non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats n'est pas exclusive de tout dessein politique. En effet, d'une part, la BRI est originellement motivée par le souci de réduire l'influence américaine en Asie¹⁶³ et, d'autre part, elle vise à constituer des alliés mobilisables au plan politique, notamment dans les institutions internationales, pour voter en faveur de la Chine, chaque fois que de besoin. De plus, si la Chine n'impose pas à ses partenaires des conditionnalités relatives à la démocratie et à la bonne gouvernance, l'aide qu'elle fournit est quelques fois liée¹⁶⁴

¹⁶⁰- R. Guillaumond, les juristes chinois dans la mondialisation, étude précitée à paraître in Monde Chinois, 2019

¹⁶¹- C'est G de Lacharrère qui a, le premier, attiré l'attention sur « l'existence de politiques nationales portant sur les aspects juridiques des relations internationales », soulignant que « la réalité immédiatement observée est faite de politiques, employant de nombreux procédés au service de conceptions très diverses de ce qu'elle s'accordent cependant à nommer « le droit international » A ce stade, avant même qu'il ne soit sur qu'il y ait un droit international, il est déjà certain qu'il existe des politiques à l'égard de ce droit (G.de Lacherrière, la politique juridique extérieure, Economie, Paris, 1983 s. p. 5); plus récemment, R. Kolb, a entrepris de montrer que « s'il existe bien une politique juridique extérieure des intérêts de puissance » (qui consiste à utiliser le droit international conformément à ses intérêts), il existe aussi une politique juridique extérieure au service du droit international, politique pratiquée souvent par des petits pays, comme la Suisse et ponctuellement par des puissances Moyennes (R. Kolb, Réflexions sur les politiques juridiques extérieures, « éd. A. Pedone, 2015).

¹⁶²- On rappellera, à propos de ces limites, que les décisions de politique étrangère des grandes puissances, y compris les décisions ayant trait à l'usage de la force échappent à la compétence des juridictions internes. Qu'il s'agisse de la France, par le biais de la théorie des actes de gouvernement, du Royaume Uni avec " la théorie des prérogatives de la couronne" ou des Etats unis à travers la doctrine des questions politiques, les décisions de politique étrangère bénéficient d'une sorte d'immunité juridictionnelle. De ces trois pays, les Etats Unis sont ceux qui mettent en œuvre une politique juridique impériale, marquée par une réinterprétation unilatérale des normes relatives à l'emploi de la force et plus particulièrement de la légitime défense et par le refus de ratifier un nombre impressionnant de traités fondamentaux : (S. Laghmani, le nouvel ordre politique international et son impact sur le droit international, in E Jouannet, H.Ruiz, Fabri, J-M Sorel (dir), Regards d'une génération de juristes sur le droit international, A.Pedone, 2008, p.229_245,s.p242_244

¹⁶³- Avivée au plan économique par le traité transpacifique de libre échange duquel les USA se sont curieusement retirés, avec l'arrivée de D.Trump. La position de la Chine sur la question de la délimitation des frontières dans la mer méridionale en est une illustration. Pékin "considère la mer de Chine méridionale comme une question d'intérêt national. Elle voit dans la maîtrise de cette mer une garantie pour son commerce et son approvisionnement : 80% de ses importations transitent pour cette mer. C'est aussi un lieu de passage pour les sous-marins nucléaire chinois. (Aussi) la chine pratique la politique du fait accompli en fixant unilatéralement les frontières de son espace maritime et en constituant des îlots artificiels à proximité des Sprateleys pour étendre son emprise, ce qui pousse les pays concernés de l'ASEAN à se rapprocher de Washington (P. Boniface, la Géopolitique, éd. Eyrolles, 2019, p. 104 105). Signe d'une politique de puissance, la Chine à rejeté la décision rendue pour le tribunal constitué sous l'égide de la cour permanente (CPA) de la Haye, le 12 juillet 2016, en faveur des philippines. De leur côté, les Etats Unis constituent sous l'étendard du concept d'Indo-pacifique une alliance comprenant l'Australie, le Japon et l'Inde pour endiguer l'avancée de la Chine.

¹⁶⁴- W. Kifi « La Chine créancier généreux mais indélicat de l'Afrique », ecofin, Hebdo, n°93, 25 Mai 2018.

66- Enfin, il faut souligner que la Chine entend désormais influencer le cours de la mondialisation en étant plus présente dans les instances de sa gouvernance, en créant elle-même de nouvelles instances qu'elle contrôle ou domine¹⁶⁵ et en étendant son influence à de nouvelles zones et à de nouveaux pays.

L'objectif visé est de créer les conditions juridiques (retour à la conception classique du droit international comme un droit purement interétatique, excluant les individus et les ONG et, de façon générale, tous les acteurs que l'on range sous la rubrique de société civile internationale), économiques (création des liens d'interdépendance très forts entre l'économie chinoise, nouveau pôle central de la mondialisation et les autres économies nationales, tout en conservant la maîtrise des secteurs stratégiques) et politiques (renforcement du nombre de pays amis) qui lui permettent de s'affirmer comme une puissance globale capable de rivaliser avec les États-Unis et à terme de les dépasser¹⁶⁶.

67- Il ne s'agit pas toutefois de créer un ordre mondial radicalement différent de l'actuel. La Chine « ne souhaite pas, contrairement à l'URSS (avant son effondrement) modifier le système mondial. Elle veut en prendre la tête »¹⁶⁷. Elle est pour l'OMC dont elle soutient le Mécanisme de règlement des différends. Après s'être illustrée dans la « contrefaçon », elle a désormais un intérêt objectif à défendre bec et ongles l'Accord sur la propriété intellectuelle, puisqu'elle est devenue le pays dont les entreprises déposent le plus de demandes de brevets. Elle affiche depuis une décennie une volonté forte d'intégrer dans ses politiques et dans sa pratique l'impératif de protection de l'environnement.

68- Mais elle agit aussi pour redéfinir les règles du jeu de manière à ce que son modèle de développement soit accepté et qu'elle soit elle-même reconnue comme une puissance qui compte. Quel peut être le rôle du droit et des valeurs universelles dans ce nouveau contexte ?

4- Conclusion : Droit et valeurs universelles dans la voie chinoise de la mondialisation

La conception du droit pratiquée, depuis Deng Xiaoping, au-delà de la différence abyssale entre les contextes historiques et en dépit des évolutions géopolitiques et géoéconomiques profondes, demeure dans la droite ligne de celle qui s'est imposée depuis les premières dynasties qui ont gouverné l'Empire du Milieu. Le droit est conçu par la Chine réformatrice comme une boîte à outils dans laquelle elle puise pour s'intégrer à la mondialisation et

¹⁶⁵- V. Etude du trésor français précité.

¹⁶⁶- Certains Connaisseurs de la Chine vont même jusqu'à évoquer un projet de domination mondiale. De leur point de vue, le confucianisme quasi unanimement présenté comme un humanisme (V., entre autres références, l'ouvrage précité de M. Granet, *La pensée chinoise*, s. p. 473-489, sur « Confucius et l'esprit humaniste » ; V. également, P. Boniface, *La géopolitique, 50 fiches pour comprendre l'actualité*, éd. Eyrolles, 2019, s. p. 154, qui écrit : « La Chine assure ne pas vouloir dominer le monde mais simplement défendre ses intérêts. Contrairement aux pays influencés par le Christianisme et l'Islam, qui ont développé une volonté de répandre leur vision du monde et de convertir les autres peuples à leur foi, le simple fait d'être elle-même et de devenir une puissance mondiale respectée et reconnue peut lui suffire. Les Chinois prétendent n'avoir jamais eu aucune velléité coloniale ou territoriale, mais simplement vouloir défendre leurs intérêts) a vécu en symbiose avec l'idée que l'Empereur, « c'est-à-dire le fils du ciel » était l'Unique maître du Tianxia, c'est-à-dire, « tout ce qui est sous le ciel » ; le représentant des Nations étrangères « qui entraînent en contact avec la bureaucratie impériale », devenaient de facto « les représentants de puissance(s) transformées[...] en entités tributaires de l'Empire de Chine qu'elle(s) se devaient de reconnaître comme le véritable souverain du Tianxia (S. B. du Rocher, E. D. De Prisque, *La Chine est le monde. Essai sur la Sino-mondialisation*, op.cit., s. p. 28). Ces auteurs craignent que la voie chinoise de la mondialisation ne soit au bout du compte que la réédition moderne du Tianxia.

¹⁶⁷- *Comprendre le monde*, éd. A. Colin, 4^e éd., 2019, s. p. 149.

pour en reconfigurer certaines règles au mieux de ses intérêts, bref comme un instrument au service du pouvoir.

Cette pérennité de la conception instrumentaliste du droit, facilitée dans le contexte de la mondialisation à la fois par la profusion des règles et par leur inégale valeur normative, se traduit par un décalage entre les règles régissant et encadrant les activités économiques dont le nombre a augmenté de manière vertigineuse et dont la valeur juridique est bien établie et les règles protectrices de certaines valeurs universelles (et notamment les droit fondamentaux) qui sont rejetées dans la sphère du politique, au sens péjoratif du terme.

69- Le droit mondialisé dont les règles, les techniques et les procédés sont mobilisés tout au long des Nouvelles Routes de la Soie par les Autorités et les entreprises chinoises, s'inscrit pleinement dans cette optique.

Dès lors, la question posée est celle de savoir comment assurer la prise en compte effective de toutes les règles et valeurs universelles dans la phase de la mondialisation ouverte par les Nouvelles Routes de la Soie.

Si la Chine veut assumer, d'ici une à deux décennies, le rôle de leadership auquel la poursuite de son vertigineux développement économique et technologique la prédestine, sauf accident¹⁶⁸, elle doit, d'une part, réussir à combler son immense retard en matière de « soft power », car nous vivons à une époque où « le pouvoir d'attraction est l'un des principaux attributs de la puissance »¹⁶⁹ et, d'autre part, s'ouvrir sur toutes les valeurs universelles portées par la dynamique de la mondialisation qui est peut être, tout simplement, celle de l'histoire.

La question devient alors celle de déterminer sa capacité à relever ce double défi, compte tenu, notamment, de la spécificité du pacte social sur lequel repose la légitimité du pouvoir dans ce pays, à savoir l'aptitude des dirigeants à maintenir la croissance économique et la stabilité sociale¹⁷⁰.

¹⁶⁸- qui n'est pas à exclure, compte tenu de nombreux handicaps qui peuvent obérer la poursuite du développement en Chine : vieillissement de la population, surcapacités et surendettement des grandes entreprises d'Etat, caractère suranné du contrôle politique exercé par le Parti au pouvoir à l'ère du développement des réseaux de communication transnationaux...

¹⁶⁹- P. Boniface, *La Géopolitique, 50 fiches pour comprendre l'actualité*, op.cit., s. p. 159 pour qui « le pouvoir d'influencer est un instrument de puissance plus efficace que celui de contraindre », expliquant par là « l'atout incomparable des USA ». « Pour les Etats-Unis, les valeurs de liberté et de prospérité, de sociétés ouvertes, de mobilité sociale sont extrêmement attrayants en dehors du territoire américain. Des universités américaines attirent une grande partie des élites mondiales qui reviendront chez eux avec des a priori favorables aux Etats-Unis... Hollywood fabrique certes du rêve mais aussi de l'influence pour l'exportation mondiale des standards culturels... ». Il n'en est pas de même pour la Chine. Comme le relève bien l'auteur « alors que la Chine a réussi son développement économique, le modèle chinois ne fait pas rêver au-dehors. Il est au contraire souvent critiqué par des militants associatifs ou des ONG qui contestent pêle-mêle le caractère autoritaire du régime ou sa politique au Tibet » même si « Consciente de ce problème, la Chine cherche à corriger son image, elle multiplie les Instituts Confucius, développe ses think tanks pour participer au débat d'idées, a lancé une chaîne internationale de télévision... Mais le soft power ne se décrète pas. Il faudra un régime ouvert et plus transparent. Et malgré les moyens qui y sont consacrés, l'avantage des Etats-Unis reste énorme » (P. Boniface, *Comprendre le monde*, op.cit., s. p. 157).

¹⁷⁰- J-P. Cabestan, *Le Système politique chinois*, op.cit., s. p. 599.