



AFCDE

法中经济法协会

Association Franco-Chinoise pour le Droit Economique



COLLOQUE DU 19 NOVEMBRE 2014

**Intervention de
Robert Guillaumond (ADAMAS)
Docteur en Droit
Avocat à la Cour**

SUR LE THÈME :

QUEL REGARD PORTER SUR LE DROIT CHINOIS ?



1. Comme nous y invite le thème même de notre réunion (les fruits **passés** et **à venir** de la coopération juridique), je voudrais vous inviter à un regard **rétrospectif** puis à un regard **prospectif** sur le droit chinois.

Cette manière de faire m'évitera de m'attarder sur le bien ou le mal fondé de qualifications que je n'aime pas parce qu'elles relèvent d'un jugement de valeur (par ex : le droit chinois est-il le fruit d'un bon ou d'un mauvais système juridique ?) qui en dit généralement plus sur la posture ou la position de celui qui juge que du sujet soumis à ce jugement.

Dispensons-nous d'un tel jugement qui est peu informatif et considérons que ce droit existe, que son état actuel est le fruit d'un processus, et qu'il est plus important de considérer le processus qui est à l'œuvre plutôt que d'isoler la photographie instantanée qui peut en être effectuée car c'est le processus qui permet de saisir la portée exacte de l'instantané.

2. Que dire d'essentiel d'un point de vue rétrospectif ?

Je retiens trois observations.

3. Ma **première observation** est très générale et très brève.

Le droit chinois est un droit très ancien (plurimillénaire), de nature originale, marqué, on le sait, par l'influence de l'école confucéenne (dite également Ecole des Rites) et de l'Ecole des Légistes, et l'existence d'une « Science du Code » (selon l'expression de Marianne Bastid-Bruguière), le tout étant malheureusement assez méconnu en France.

Je ne commente pas ce propos, sinon pour regretter qu'à l'exception de travaux menés au Collège de France (en particulier à l'initiative de P.E. Will), et de l'enseignement dispensé soit à l'Institut de Recherches Europe-Asie (Université Aix-Marseille), soit à l'Université d'Angers (à l'initiative du Professeur Yves Dolais), ce droit ne fasse l'objet d'aucun enseignement, ni d'aucuns travaux de recherche, en France.

4. Ma **seconde observation** concerne les rapports très particuliers qu'entretiennent la mondialisation et la modernisation du droit chinois, et qui permettent de considérer, d'une part, que la mondialisation serait autre si elle n'était accompagnée par la modernisation de la Chine, et, d'autre part, que la modernisation de la Chine serait également très différente hors du contexte de la mondialisation.

Ces rapports sont si particuliers qu'il est utile de constater que le monde vit à l'heure actuelle sa deuxième mondialisation et que, à l'occasion de chacune d'elles, le droit chinois s'est modernisé.

- Le monde a connu sa **première mondialisation** à la fin du XIX^e siècle et l'on sait que cette première mondialisation s'est achevée dans le fracas de la première guerre mondiale.

A la même époque, la Chine s'est efforcée, de la fin du XIX^e siècle jusqu'en 1930 environ, de procéder à une **première modernisation** de son droit qui connaîtra son apogée avec l'avènement de la République de Chine (1911) et qui se poursuivra jusqu'à la publication, sous cette République, des Six Codes (Constitution, Code Civil, Procédure Civile, Code Pénal, Code de Procédure Pénale, Code de Commerce) qui régiront la République de Chine jusqu'à leur abolition, en 1949 (lors de la création de la RPC), et que le gouvernement nationaliste de Chine emmènera à Taiwan où ces Six Codes sont toujours en vigueur, après avoir été fortement remaniés.

- Il y a plus de trente ans, le monde a entamé sa deuxième mondialisation et la Chine a entamé la **seconde modernisation** de son droit. Commencée en décembre **1978**, elle fut impulsée pour être un « *instrument au service du développement économique et de la rationalité de l'ensemble du système* » et elle atteint son objet. Cette seconde modernisation du droit chinois fut en effet l'instrument de la transformation de l'économie planifiée chinoise en une « *économie socialiste de marché* » (selon la modification constitutionnelle de 1993), le droit jouant un rôle majeur dans la transition réussie entre ces deux modèles d'organisation économique, une transformation aussi profonde, sur un territoire aussi vaste que la Chine, et à l'échelle humaine de celle-ci (1,350 milliard d'habitants), n'ayant pas de précédent historique comparable.

5. Ma troisième observation concerne le fait que, au sein de cette seconde modernisation, le débat relatif à l'accession de la Chine à l'OMC a joué un rôle majeur.

La Chine fut l'un des 23 États contractants du GATT (le 30 octobre 1947), et, dès 1986, la Chine a repris sa place au sein de cette institution.

En 1994, la Chine ratifia les Accords de Marrakech fondateurs de l'OMC, mais il fallut encore de nombreuses années pour que la Chine puisse accéder à l'OMC.

Cette accession intervint officiellement le 11 décembre 2001¹, après 15 ans de négociations, aux termes d'un Protocole de plusieurs dizaines de milliers de pages.

Ce Protocole est essentiellement consacré à la levée des diverses barrières (tarifaires et autres) permettant l'ouverture internationale du marché chinois mais, dans la droite ligne des Accords de Marrakech qui imposent l'adoption de règles de droit et, tout autant, le contrôle de l'effective application de ces règles, le Protocole d'accession de la Chine comporte un volet juridique très précis relatif à la transparence de l'élaboration des lois et règlements, à leur publication intégrale, ainsi qu'à l'uniformité de son application sur l'ensemble du territoire de la RPC, malgré ses divisions administratives.

¹ La Chine est membre de l'OMC depuis le 11 décembre 2001 mais elle a, pour l'heure, le simple statut d'observateur dans le cadre de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) et de l'Accord sur le commerce des aéronefs civils, et elle participe à l'Accord sur les Technologies de l'Information (ATI).

Ce Protocole d'accèsion comporte notamment les dispositions suivantes :

« les dispositions de l'accord OMC et du présent protocole doivent s'appliquer à l'ensemble du territoire douanier chinois, y compris les régions commerciales frontalières, les régions de minorités autonomes, les zones économiques spéciales, les villes côtières ouvertes, les zones de développement économique et technique, et toutes autres régions où sont établis des régimes spéciaux en matière de droits de douane, taxes et réglementations ».

« La Chine se doit d'établir ou de mettre en place un système de relais judiciaires et de mécanismes destinés à résoudre de manière efficace les différends liés à l'application des lois, des règlements, des décisions de justice, et des réglementations administratives de portée générale, et de veiller à son bon fonctionnement [...]. De tels tribunaux devront être impartiaux et indépendants [...] ».

6. C'est pendant cette phase (qui est également une phase d'accroissement de son unité territoriale avec le retour de Hong Kong (1997) et Macao (1999)), que la Chine juridique actuelle s'est principalement construite, procédant à une modification massive de ses règles :
- la Chine ratifie des Conventions internationales essentielles :
 - en 1993 : la Convention de Washington sur les investissements ;
 - en 1994 : les Accords de Marrakech (qui fondent l'OMC) ;
 - en 1997 et 1998 : les Pactes 1966 des Nations Unies sur les Droits de l'Homme :
 - Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels (signé en 1997 et ratifié en 2001) ;
 - Pacte sur les droits civils et politiques (signé en 1998 mais non ratifié à ce jour) ;
 - la Chine consacre constitutionnellement la libéralisation de son économie :
 - en 1993 : elle définit son économie comme une « économie socialiste de marché » ;
 - en 1999 : la Chine reconnaît un droit à l'initiative économique individuelle ;
 - en 2004 : la Chine reconnaît la propriété privée ;
 - enfin, la Chine réorganise son système législatif et réglementaire et, en particulier, adopte, le 15 mars 2000, une loi sur la législation ayant pour objet de préciser la hiérarchie de ses normes et d'en organiser le respect.

7. A ce point de l'évolution, comment caractériser l'état du droit chinois.

Deux idées peuvent retenir notre attention.

8. Le droit chinois est un ensemble très complet de règles de nature essentiellement réglementaire :

- la Chine est dotée depuis 1982 d'une loi constitutionnelle qui, depuis sa promulgation, a fait l'objet de quatre séries de modifications en 1998, 1993, 1999 et 2004 ;
- la Chine a ratifié plus de 300 conventions internationales (dont la Convention de Washington sur les investissements et la Convention de New-York sur l'arbitrage), dont plus de 120 traités bilatéraux d'investissement ;
- la Chine est, enfin, gouvernée par un petit nombre de lois (270) mais un très grand nombre de règlements², cette disparité ayant pour cause, d'une part, le fait que, selon la constitution chinoise (article 2)³, le pouvoir appartient aux assemblées populaires (Assemblée Populaire Nationale et assemblées locales), et, d'autre part, au fait que les lois sont des lois très générales dont l'adaptation aux réalités locales de l'immense et diversifié territoire chinois est confiée aux assemblées locales.

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

- 2 régions administratives spéciales (Hong Kong et Macao) ;
- 4 municipalités soumises directement au Gouvernement Central (Pékin, Shanghai, Tianjin, Chongqing) ;
- 5 régions autonomes (Mongolie intérieure, Ningxia Hui, Guangxi Zhuang, Xinjiang Uygur, Tibet) ;
- 23 provinces ;

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

² Règlements administratifs émanant du Conseil des Affaires de l'État, règlements locaux adoptés par les assemblées populaires locales, règlements des ministères du gouvernement central, et règlements des gouvernements locaux.

³ Constitution 1982 – Article 2 : « Tout le pouvoir de la République Populaire de Chine appartient au peuple. Les organismes par lesquels le peuple exerce le pouvoir d'État sont l'Assemblée Populaire Nationale et les assemblées populaires locales. Selon les dispositions fixées par la loi, le peuple, par divers canaux et sous diverses formes, gère les affaires de l'État, l'économie et la culture, les affaires sociales. »

10. Cet ensemble complet de règles dessine un système juridique très différent des systèmes juridiques occidentaux.

Cette différence peut être illustrée par les trois idées suivantes.

11. Une incertitude pratique en matière de hiérarchie des normes

Le système chinois est fondé sur un principe de légalité lui-même fondé sur une hiérarchie des normes fixée par la loi sur la législation du 15 mars 2000 : la constitution, puis la loi, puis, dans l'ordre, les règlements du gouvernement central, des ministères et des assemblées populaires locales.

Cependant, les mécanismes qui permettent le respect de cette hiérarchie sont soit incomplets au regard de nos critères (ex : absence de contrôle juridictionnel de constitutionnalité), soit d'effet incertain (ex : le mécanisme de respect des lois par les règlements est un mécanisme complexe, peu ouvert, peu transparent).

Cette disparité est, pour les praticiens du droit chinois, et pour les opérateurs économiques, à l'origine de grandes difficultés obligeant généralement au respect des règles locales plutôt que des textes de niveau supérieur, quand bien même les diverses règles qui en résultent seraient contradictoires⁴.

12. En considération de cette situation, le corpus juridique chinois échappe à l'analyse classique : la Chine est un État centralisé mais, selon un mode « nucléaire »⁵ (et non pyramidal) dont l'organisation ne ressemble ni à la décentralisation, ni à la déconcentration, ni au fédéralisme.

⁴ Dans son dernier Rapport sur la Chine (mai 2014), le Secrétariat de l'OMC donne deux exemples de cette complexité, l'un en matière de commerce et d'investissement, l'autre en matière de normes techniques :

« 12. La politique de la Chine en matière de commerce et d'investissement est administrée et ajustée par un certain nombre d'instruments juridiques, dont les plans quinquennaux du gouvernement central, les plans quinquennaux sectoriels et provinciaux, et différents catalogues qui régissent la mise en œuvre des politiques générales et énumèrent les branches d'activité pouvant bénéficier d'un traitement préférentiel et les secteurs dans lesquels l'investissement est encouragé, simplement permis ou interdit. Il est parfois difficile de savoir comment interpréter les différents catalogues, car ceux-ci se chevauchent quand ils ne se contredisent pas, et sont le reflet des différentes volontés qui s'expriment à différents niveaux. L'empilement réglementaire ajoute une difficulté supplémentaire quand on essaie de démêler l'écheveau des mesures de soutien spécifiques en Chine. »

« 22. Les procédures pour l'établissement des normes, des règlements techniques et des mesures SPS n'ont pas été modifiées depuis l'examen précédent. Aucun renseignement n'était disponible au sujet des mesures prises au niveau provincial et de leur incidence sur le commerce. »

⁵ Cf : l'expression du livre blanc sur la légalité (2008) : « La constitution occupe une position de noyau et de commandement dans le système légal du socialisme à la chinoise. »

13. La Chine dispose d'un système judiciaire très développé comportant une Cour Suprême et plus de 3500 tribunaux au sein desquels s'activent plus de 200.000 juges et procureurs

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

Cette situation a des causes multiples :

- Une cause de **nature constitutionnelle**, dans la mesure où l'organisation constitutionnelle chinoise n'est pas fondée sur le principe de séparation des pouvoirs théorisé par Montesquieu, mais sur le principe du pouvoir unique du peuple (cf. : article 2 de la Constitution cité ci-dessus).
- Une cause de **nature organique**, dans la mesure où, malgré des dispositions constitutionnelles qui consacrent le fait que juges et procureurs « exercent leur fonctions de manière indépendante » (article 126 pour les juges et article 131 pour les procureurs), ceux-ci sont des fonctionnaires un peu particuliers et non des magistrats. Leur indépendance fonctionnelle est affectée par la dépendance envers les assemblées (y compris locales) dans la mesure où celles-ci contrôlent la nomination des juges et procureurs ainsi que les budgets des tribunaux, et elle est plus encore affectée par l'organisation au sein des tribunaux, des « collègues judiciaires » fonctionnant selon le principe du centralisme démocratique et la présence, à chaque niveau juridictionnel, de la Commission politique et juridique du Parti Communiste chinois.
 - Une cause de **nature procédurale**, qui tient à un ensemble de règles particulières relatives à la définition des compétences juridictionnelles, et à des mécanismes d'acceptation des affaires (on dirait de « recevabilité ») qui relèvent d'un certain arbitraire.
 - Une cause de **nature culturelle** qui fait qu'en Chine le procès n'est pas le « berceau du droit ».

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

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

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

14. Que peut-on ajouter d'un point de vue prospectif ?

Quelles idées peut-on évoquer sans trop d'imprudance alors que l'évolution de la Chine contemporaine a donné tort à quasiment toutes les prévisions de futurologues ?

Je propose trois pistes de réflexion.

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

16. La seconde idée naît de cette première observation et a pour objet de rappeler que deux débats importants préoccupent, à l'heure actuelle, les juristes chinois et qu'ils doivent retenir notre attention.

- Le premier, pour l'instant avorté ⁶, mais non clos, est le débat relatif à la **constitutionnalisation du droit chinois**.

Ce débat oppose les tenants d'un constitutionnalisme à la mode occidentale (principalement caractérisé par l'institution d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité) aux tenants de la « *légalité socialiste* » fondée sur le maintien du rôle dirigeant du PCC et notamment sur son rôle d'ordonnateur et coordonnateur de l'ensemble des institutions chinoises.

Ce débat juridique est fondamentalement politique dans la mesure où il implique de se poser la question du statut et du rôle du PCC, qui est légalement et institutionnellement tenu au respect de la Constitution et des lois sans qu'aucun organe ne contrôle ni ne sanctionne cette obligation.

- Le second débat est plus ouvert. Il concerne l'évolution de la situation des juges et tribunaux.

⁶ Ce débat a donné lieu à une remarquable publication de Hélène PIQUET à la Revue Française de droit constitutionnel 2014/2 – n° 98, pages 389 – 411 (« Le rêve chinois en question : le débat sur le constitutionnalisme en Chine »).

Le principe d'une évolution de cette situation dans le sens d'une plus grande indépendance fonctionnelle a été pris en charge comme élément de la politique de la RPC, par le PCC lors de deux dernières sessions (3^e et 4^e sessions du XVIII^e Comité Central (octobre-novembre 2013 et 2014)) notamment pour couper les liens trop étroits entretenus entre les assemblées et gouvernements locaux et les tribunaux, les liens actuels étant source de protectionnisme local (dénoncé par l'OMC) et de corruption (dénoncé par tous).

Le principe de cette évolution est également illustré par la politique de la Cour Suprême de Chine qui, si elle n'est pas une Cour de Cassation, a un rôle majeur dans l'organisation juridictionnelle de Chine qu'elle exprime en particulier dans ses plans quinquennaux « *de réforme des tribunaux populaires* », le 4^e de ces plans venant d'être adopté pour la période 2014-2018.

Les pratiques qu'impulse la Cour Suprême -notamment la publication de ses décisions- sont discrètes mais elles participent de cette « *transformation silencieuse* » des systèmes juridiques qui, plus que les grandes révolutions, est fréquemment au cœur de l'évolution de ces systèmes.

17. Enfin, et ce n'est pas le moindre, il faut avoir attention au fait que les cadres dirigeants de la RPC sont désormais plus fréquemment spécialistes des sciences humaines, et notamment juristes, souvent formés à l'étranger, plutôt qu'ingénieurs ou militaires formés en U.R.S.S. comme lors des précédentes décennies.

Une telle formation de ces hauts cadres ne peut nuire aux espérances qu'il est possible de formuler en ce qui concerne l'évolution du droit chinois.

