HAL
open science

Droit des investissements directs étrangers : le cas de la Chine

Hsiao-Jan Juang

To cite this version:

Hsiao-Jan Juang. Droit des investissements directs étrangers : le cas de la Chine. Droit. Université Paris-Est; National Chengchi University, 2018. Français. NNT : 2018PESC0035 . tel-02271693

HAL Id: tel-02271693

https://theses.hal.science/tel-02271693

Submitted on 27 Aug 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE PARIS EST

LE DROIT DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ETRANGERS

LE CAS DE LA CHINE

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT PRIVE
(Arrêté du 25 mai 2016)

Présentée et soutenue publiquement le 30 avril 2018 par

Hsiao-Jan JUANG

DIRECTEURS DE RECHERCHE

Madame Marie-Élodie ANCEL, *Professeur à l'Université Paris Est-Créteil*
Monsieur Wen-Chie WANG, *Professeur à Chengchi National University*

MEMBRES DU JURY

Monsieur Chung-Wu CHEN, *Professeur à National Taiwan University*
Monsieur Yao-Ming HSU, *Professeur à Chengchi National University*
Monsieur En-Wei LIN, *Professeur à Tunghai University*
Madame Martine KLOEPFER-PELÈSE, *Professeur à l'Université Paris-Est-Créteil*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

UNIVERSITÉ PARIS-EST

À mes parents.

Remerciements

Une thèse ne peut pas être réalisée par le seul thésard, mais nécessite de nombreux individus sans l'aide desquelles le thésard ne pourrait pas mener à terme son projet de recherche. Il m'est, bien entendu, impossible de citer toutes les personnes qui m'ont apportée leur aide précieuse, mais je tiens à en remercier certains ici, en raison de leur soutien remarquable qui m'a été essentiel pour la réalisation cette œuvre.

D'abord, ma gratitude revient à ma directrice de thèse, Mme le professeur Marie-Élodie Ancel de l'Université Paris Est, pour son aide et ses conseils précieux. Elle m'a non seulement encouragée à me lancer dans la recherche sur le droit chinois, mais m'a également guidée tout au long de cette aventure avec énormément de patience et de bienveillance. Je tiens également à remercier mon codirecteur de thèse, M. le professeur Wang Wen-Chieh de l'Université Nationale de Chengchi, qui m'a montrée le chemin pour accéder au monde du droit chinois en me donnant un nombre considérable d'informations pour une meilleure compréhension du sujet.

Je droit aussi une profonde reconnaissance à M. le professeur Long Wei-Qio de l'Université Beihang, pour son accueil chaleureux au sein de l'école de droit, me permettant ainsi d'effectuer des recherches approfondies durant mon séjour de recherche ; à Mme le professeur Wang Tian-Fan, pour son assistance et surtout son amitié durant le séjour en Chine ; et aux spécialistes que j'ai rencontrés en Chine, qui préfèrent garder leur anonymat, pour leurs avis et visions personnels. Je remercie également Morgane Deswarte pour son travail difficile de relectrice, et Basile Darmois pour sa solidarité et ses verres.

Je dois beaucoup à l'Université Paris Est pour le contrat doctoral qui m'a permis de mener à bien ce projet de recherche et à l'Université de Beihang pour m'avoir invitée à effectuer un séjour de recherche extrêmement fructueux à Pékin.

Il ne fait aucun doute que je dois la plus grande dette de gratitude envers mes parents : grâce à leur soutien et à leur encouragement constant, j'ai eu la chance de réaliser mon rêve.

Enfin, en dernier, mais pas le moindre, à Louis, mon ancre et mon complice, merci.

SOMMAIRE

INTRODUCTION **1**

TITRE 1. Environnement du droit des investissements directs étrangers **27**

CHAPITRE 1. Histoire du droit des investissements directs étrangers **30**

Section 1. Embryon du droit des investissements directs étrangers sous la période précommuniste 30

Section 2. Renaissance du droit des investissements étrangers sous le communisme 54

Section 3. droit chinois de la mondialisation des investissements étrangers 79

CHAPITRE 2. Cadre institutionnel et juridique des investissements directs étrangers **102**

Section 1. Organisation des pouvoirs et des autorités 102

Section 2. Une hiérarchie des normes différente de la conception juridique occidentale 126

TITRE 2. Déroulement de la vie des investissements directs étrangers **211**

CHAPITRE 1. Établissement d'une entreprise à participation étrangère **212**

Section 1. Cadre juridique des entreprises à participation étrangère 212

Section 2. Litiges principaux afférents aux entreprises à participation étrangère 280

CHAPITRE 2. Recours multiples offerts aux investisseurs étrangers **346**

Section 1. Recours nationaux : le contentieux civil 350

Section 2. Arbitrage commercial international dans le cadre des investissements étrangers 363

Section 3. Arbitrage d'investissement 396

POSTFACE. **435**

Aperçu du projet de loi du 19 janvier 2015 **435**

Conclusion générale **459**

Annexe **i**

Lexique **ii**

Index **xi**

Bibliographie **xii**

Table des matières **xxvi**

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJV	Contractual/cooperative joint-venture
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
CVIM	Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, le 11 avril 1980
EJV	Equity joint-venture
CCI	Chambre de commerce international
OCDE	Organisation de coopération et de développement
OMC	Organisation mondiale du commerce
TBI	Traité bilatéral d'investissement
WFOE	Wholly foreign owed enterprise

INTRODUCTION

橫看成嶺側成峰
遠近高低各不同
不識廬山真面目
只緣身在此山中
蘇軾
《題西林壁》

Vu de côté : la crête ; de l'extrémité : le sommet,

Loin, proche, haut ou bas, aucune vision n'est semblable.

Nous ne pouvons pas déchiffrer le vrai visage du mont Lu,

Car nous sommes perdus au cœur de la montagne.

Su Dongpo (1037-1101),

Inscription sur le Mur du Temple de la Forêt de l'ouest

1) Présentation du contexte de la Chine contemporaine

1. Prolégomènes. Redevenir une puissance économique mondiale, et attirer les investissements étrangers pour rebâtir l'économie nationale, c'est la mission principale des dirigeants de la République populaire de Chine (中華人民共和國, *Zhōnghuá rénmín gònghéguó*), communément appelée la Chine (中國, *Zhōngguó*), depuis l'adoption de la politique de réforme et d'ouverture (改革與開放, *Gǎigé yǔ kāifàng*)) en 1978. Les entreprises à capitaux étrangers n'ont alors cessé de s'imposer sur la scène économique chinoise depuis cette date et ont permis à la Chine de réaliser ce qui est communément appelé le « miracle économique chinois » en moins de 10 ans. Initialement concentré sur l'introduction des devises étrangères dans le domaine du textile, le gouvernement se focalise actuellement sur l'importation du savoir-faire et de la technologie avancée dans les secteurs de l'industrie, de la haute et nouvelle technologie, ainsi que des services bancaires et financiers en raison du phénomène de surcapacité dans les secteurs d'industrie secondaires[1] et du souhait de la Chine de moderniser son économie. En raison des changements drastiques de la politique

[1] Rapport de la Chambre européenne du Commerce, « Overcapacity in China: An Impediment to the Party's Reform Agenda », accessible sur http://www.europeanchamber.com.cn/en/publications-overcapacity-in-china, consulté le 3 juin 2017.

économique du gouvernement chinois et de la place notable de la Chine en tant que pays d'accueil des investissements étrangers, la création d'un système juridique clair, accessible et surtout conforme aux standards internationaux est devenue le but primordial du gouvernement pour permettre à la Chine de recevoir de plus en plus d'investissements étrangers de qualité qui puissent participer au développement de l'économie nationale chinoise.

2. Une civilisation ancienne. Durant des siècles, la Chine a occupé un rôle capital sur la scène internationale, un empire dont les développements artistiques et scientifiques ont longtemps dépassé ceux du restant du monde. Cependant, au XIXe siècle et au début du XXe siècle, la Chine a traversé des périodes de famine et a subi non seulement des troubles politiques décisifs, mais également un nombre élevé de défaites militaires suivies, dans certaines de ces occasions, d'occupations occidentales. C'est après la Seconde Guerre mondiale et dans le but de renverser un gouvernement nationaliste fortement contesté (notamment pour sa corruption) que le Parti communiste chinois a établi avec force un système socialiste autocratique, sous l'égide de Mao Zedong, qui a su assurer la souveraineté de la Chine en imposant un contrôle strict et omniprésent sur la vie quotidienne de ses citoyens. Après 1978, le successeur de Mao Zedong, Deng Xiaoping, qui était conscient que l'établissement d'une économie nationale forte constituait un prérequis pour que la Chine redevienne un État puissant, a choisi de se concentrer sur le développement d'une économie fondée sur le mécanisme de marché, par conséquent, dans les années 2000, le rendement et la productivité du pays ont quadruplé. Pour une grande partie de la population chinoise, le niveau de vie s'est amélioré de façon drastique et le champ du libre arbitre s'est également étendu malgré la présence du contrôle politique toujours strict. Depuis le début de 1990, la Chine a également augmenté sa présence et confirmé son importance sur la scène internationale en participant à de nombreuses organisations internationales, notamment en intégrant l'Organisation mondiale du Commerce [ci-après « OMC »] le 11 décembre 2001.

3. Un territoire asiatique étendu, riche en ressources naturelles. La Chine est située en Asie de l'Est. Il s'agit du quatrième État le plus grand du monde (après la Russie, le Canada et les États-Unis) avec ses 9 596 961 km^2, dont 9 326 410 km^2 sont constitués de terres et 270 500 km^2 d'eau[2]. La Chine est aussi un important réservoir pour de nombreuses ressources naturelles, telles que le charbon, le minerai de fer, le pétrole, le gaz naturel, le

[2] "China", *World Statistics Pocketbook (United Nations Statistics Division)*, disponible sur http://data.un.org/CountryProfile.aspx?crName=china, consulté le 8 juin 2017.

mercure, l'aluminium, le plomb, le zinc, éléments des terres rares, l'uranium, mais a aussi le potentiel hydroélectrique le plus important au monde autant qu'être un des pays au monde ayant le plus de terres arables, etc[3].

4. Une Nation multiculturelle unifiée par le *Putonghua*. La population de la Chine est la plus grande du monde, avec 1 379 302 771 d'individus en 2017, c'est-à-dire près de 20 % des 6,8 milliards d'individus vivant dans le monde. Elle est officiellement composée de 56 groupes d'ethniques différents, dont 91,6 % de Hans, 1,3 % de Zhuangs, et 7,1 % d'autres (Hui, Manchu, Ouïghour, Miao, Yi, Tujia, Tibétain, Mongol, Dong, Buyei, Yao, Bai, Coréen, Hani, Li, Kazakh, Dai, et autres groupes ethniques). L'ensemble des groupes éthniques forme la « Nation chinoise » (中華民族, *Zhōnghuá mínzú*). Il existe actuellement 297 langues vivantes utilisées en Chine, mais la *lingua franca* du pays est le Chinois standard (普通話, *Pǔtōnghuà*), qui est une forme de chinois Mandarin issu du dialecte de la ville de Pékin[4]. Cette langue n'est pas à confondre avec la langue nationale (國語, *Guóyu*), utilisée aujourd'hui à Taiwan, qui repose pour une large part sur le langage oral des fonctionnaires impériaux. Certaines régions autonomes ont elles-mêmes des langues officielles. Par exemple, le tibétain a un statut officiel au sein de la Région autonome du Tibet, et le mongolien a un statut officiel au sein de la Mongolie-Intérieure.

5. Un État centralisé dirigé par le Parti communiste chinois. La Chine est un État communiste depuis le 1er octobre 1949. Sa capitale se situe à Pékin, et elle est divisée en 22 provinces (省, *Shěng*)[5], 5 régions autonomes (自治區, *Zìzhìqū*) et 4 municipalités (市, *Shì*). Sa Constitution a été promulguée le 4 décembre 1982, amendée plusieurs fois, et plus récemment en 2004. Son système juridique est influencé par les systèmes de droit soviétique et de droit civil continental européen.

La Chine est un État à parti unique. En effet, il existe officiellement huit partis indépendants au sein de la scène politique chinoise, mais ces partis sont en réalité sous le contrôle du Parti communiste chinois. Le Parti communiste chinois est dirigé par Xi Jingping, qui est également le président du pays. Il est communément admis que le Parti communiste chinois détient l'autorité exécutive de la Chine. À la tête du pouvoir exécutif, se trouvent actuellement le Président Xi Jinping (depuis le 14 mars 2013) et le Vice-président Li

[3] *The World Factbook : China*, Central Intelligence Agency, disponible sur https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ch.html, consulté le 18 octobre 2017.

[4] *China,* Etnologue, Language of the world, disponible sur *https*://www.ethnologue.com/country/CN, consulté le 18 octobre 2017.

[5] Dans cette présente thèse, Taiwan n'est pas considéré comme une province de la Chine, mais un pays étranger dont les ressortissants bénéficient du traitement avantageux accordé aux investisseurs étrangers.

Yuanchao (depuis le 14 mars 2013). Le président et le vice-président sont élus indirectement par l'Assemblée nationale populaire (中華人民共和國全國人民代表大會, *Zhōnghuá rénmín gònghéguó quánguó rénmín dàibiǎo dàhuì*) pour un mandat de 5 ans, renouvelable une fois. La dernière élection a eu lieu du 5 au 17 mars 2013.

Le pouvoir législatif est représenté par l'Assemblée nationale populaire qui relève du monocamérisme. Cette chambre détient 2 987 sièges, dont les membres sont élus de façon indirecte, pour un mandat de 5 ans, par les Assemblées populaires municipales, régionales et provinciales, et l'Armée populaire de la libération. Dans la pratique, seuls les membres du Parti communiste chinois (中國共產黨, *Zhōngguó gòngchǎndǎng*), les membres des partis alliés du Parti communiste chinois et les candidats indépendants ayant reçu l'approbation du Parti communiste chinois peuvent être élus. La dernière élection a eu lieu entre décembre 2012 et février 2013.

La Cour populaire suprême (中華人民共和國最高人民法院, *Zhōnghuá rénmín gònghéguó zuìgāo rénmín fǎyuàn*) est la juridiction suprême au sein du pouvoir judiciaire. Elle est constituée de plus de 340 juges, incluant le juge en chef. Elle est divisée en plusieurs tribunaux dépendant de la nature du litige : civile économique, administrative, communication et transport. Le juge en chef est désigné par l'Assemblée nationale populaire pour un mandat de 5 ans, renouvelable une fois, et les autres magistrats sont proposés par le juge en chef puis nommés par le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire.

2) Problématique

6. Présentation. Le droit des investissements directs étrangers (外商投資法, *Wàishāng tóuzī fǎ*) a pour objet l'étude du cadre juridique de la Chine contemporaine qui régit la vie des entreprises à participation étrangère (外商投資公司, *Wàishāng tóuzī gōngsī*) établies en Chine. L'objectif de cette étude est de comprendre le fonctionnement du droit positif des investissements directs étrangers pour que les investisseurs français puissent apprendre des échecs des anciens, et réussir à effectuer un investissement pérenne et à faire protéger leurs droits acquis sur le territoire chinois. Elle nécessite donc une analyse de l'histoire du droit qui est inhérent à la compréhension du droit positif portant sur les investissements directs étrangers et des structures politique et institutionnelle dans lesquelles s'inscrit le cadre juridique des investissements directs étrangers. La majorité du droit chinois est issue de modèles occidentaux, mais elle demeure influencée par l'histoire du pays et de la culture

juridique spécifique à la Chine. Il est donc crucial pour un chercheur du droit chinois des investissements directs étrangers, de comprendre l'environnement qui a fourni un fondement pour l'élaboration du droit avant et après l'avènement de la Chine communiste jusqu'à présent.

7. Définition de la notion d'investissement direct étranger. Un investissement étranger est qualifié de direct lorsque cette opération donne naissance à un « contrôle étranger » sur les biens nationaux. Selon le Fonds monétaire international, un investissement direct étranger est « *fait pour acquérir un intérêt permanent au sein d'une entreprise exerçant une activité dans une économie autre que celle dont est issu l'investisseur. Le but de l'investisseur est d'obtenir un contrôle effectif dans la gestion de l'entreprise* ». Pour la majorité des États membres de l'OCDE, y compris pour les États-Unis, un investissement est considéré comme étranger lorsque 10 % du capital d'une entreprise est de devises étrangères. En effet, lorsqu'une entité étrangère acquiert 10 % du capital d'une entreprise américaine cotée en bourse de New York, ce flux d'investissement est crédité dans le compte de l'entité d'investissements directs étrangers pour les statistiques, et non pas dans le portefeuille personnel de titres des investisseurs[6].

En Chine, le taux minimum pour qu'un investissement soit qualifié d'étranger est de 25 %, ce qui crée un problème au niveau des statistiques. En effet, la définition adoptée par la Chine de l'investissement direct étranger exclut les investissements étrangers dont la part de contrôle étranger est de 10 % à 25 % du capital social, sous-estimant ainsi le nombre réel d'investissements directs étrangers réalisé en Chine. Cependant, sur le plan conceptuel, la définition chinoise préserve en réalité l'essence même de la notion d'investissement direct étranger, qui est fondée sur le concept de « contrôle effectif étranger », et non pas sur le montant et le pourcentage des devises étrangères dans le capital social d'une entreprise nationale. Comme l'ont remarqué MM. Graham et Wada, une grande partie des investissements directs étrangers effectués vers les États-Unis ont financé l'acquisition d'entreprises existantes cotées en bourse, alors que la majorité des investissements directs étrangers réalisés vers la Chine ont financé l'établissement de nouvelles entreprises[7]. Ce choix de forme d'investissement direct étranger s'explique principalement par le fait que le

[6] Postérieurement à l'achat des valeurs mobilières, un de portefeuille de titres doit être constitué par l'investisseur et/ou géré par une institution financière. Il s'agit d'un compte composé de valeurs mobilières tells que des actions et obligations.

[7] Graham (E. M.) et Wada (E.), « Foreign Direct Investment in China : Effects on Growth and Economic Performance », *Institute for International Economic Working Paper,* N°01/03, avril 2001, p. 2, disponible sur https://piie.com/sites/default/files/publications/wp/01-3.pdf, consulté le 15 jnvier 2018.

pouvoir public chinois encourage les investisseurs étrangers à établir de nouvelles entreprises en leur octroyant des avantages de nature diverse (simplification de la procédure de constitution, suppression de quota d'importation, abaissements fiscaux, etc.), et que les entreprises chinoises qui sont cotées en bourse ne sont pas forcément ouvertes aux investisseurs étrangers souhaitant acquérir des parts de ladite entreprise de cotées[8]. De surcroît, si l'entreprise chinoise est cotée en bourse, les investisseurs étrangers doivent acquérir une participation plus élevée afin d'assurer un contrôle effectif dans la gestion de l'entreprise[9].

3) Intérêts et actualité de l'étude

8. Montée en puissance rapide de l'économie chinoise. Depuis des années, des chefs d'entreprises prétendent que, pour réussir en affaires, il faut savoir accéder au marché chinois car, le futur du monde des affaires se trouve en Chine. Il s'agit bien évidemment d'une exagération, mais cette caricature démontre l'importance croissante de la Chine au sein de l'économie mondiale. En effet, la Chine est non seulement devenue un État puissant dans le milieu des affaires internationales, mais il est également prévu que son économie dépasse celle des États-Unis dans un futur proche.

À partir de la fin des années 1970, la Chine est passée d'un État ayant un système de planification centrale vers un État de système d'économie de marché. En effet, le gouvernement chinois a su introduire des réformes économiques de façon graduelle, ce qui donne lieu à une augmentation sans précédent du PIB national, surtout depuis l'adoption de la politique de réforme et d'ouverture en 1978. Les réformes ont d'abord touché le domaine de l'agriculture collective, puis ont étendu leurs champs d'application afin d'inclure la libération des prix, la décentralisation fiscale, le développement du secteur privé, du marché boursier et du système bancaire moderne, et l'ouverture des investissements étrangers. Par la suite, la Chine a continué son développement économique avec une politique industrielle qui encourage des secteurs d'industrie spécifiques, tout en gardant son attitude généralement méfiante vis-à-vis des investissements étrangers.

---

[8] Kirby (W.) et Huang (Y.), *Selling China: Foreign Direct Investment During the Reform Era*, Cambridge University Press, 2002, p. 5.
[9] *Ibid.*

Le succès de l'économie chinoise est également dû à sa transformation harmonieuse et victorieuse ; le taux de l'industrie tertiaire a dépassé celui de l'industrie secondaire. Désormais, la Chine n'est plus l'usine du monde (*world factory*), mais est un marché du monde (*world market*)[10]. Certes, la croissance économique chinoise n'est pas aussi considérable qu'auparavant, mais la Chine a su tenir sa place sur la scène économique mondiale[11]. Ce succès économique est majoritairement dû aux différentes initiatives de politiques économiques et de réformes économiques lancées par le gouvernement chinois dans la seconde moitié du XXe siècle.

9. Raisons de la montée en puissance des investissements directs étrangers. La Chine a été le second receveur d'investissements directs étrangers en 2012 et en 2013[12], puis elle a tenu la première position en 2014[13] et la 3e position derrière les États-Unis et Hong Kong en 2015[14]. Il est prévu qu'entre 2016 et 2018, la Chine retrouve son statut de deuxième bénéficiaire des investissements directs étrangers, derrière les États-Unis[15]. Depuis l'adoption de la politique d'ouverture en 1978, la Chine a attiré au total plus de mille milliards de dollars américains d'investissements directs étrangers[16], et la majorité d'entre eux ont eu lieu à partir de 1992. En effet, entre 1992 et 2000, la somme d'investissements directs étrangers a atteint 282,6 milliards de dollars américains, c'est-à-dire 93 % du montant total d'investissements directs étrangers cumulé entre 1979 et 2000. Les informations officielles de l'Administration générale de l'industrie et du commerce indiquent qu'en 2013,

---

[10] *ibid.*, p. 187.

[11] Il est prévu que ce taux soit de 6.6% en 2017, et de 5.8% en 2020. http://www.tradingeconomics.com/china/gdp-growth-annual/forecast, consulté le 18 janvier 2017.

[12] UNDP, *Global Investment Trends Monitor*, No. 11, 11 janvier 2013, No. 15, 28 janvier 2014, disponible sur http://unctad.org/en/Pages/Publications/Global-Investment-Trends-Monitor-(Series).aspx, consulté le 1 février 2017.

[13] UNDP, *Global Investment Trends Monitor*, No. 18, 29 janvier 2016, disponible sur http://unctad.org/en/Pages/Publications/Global-Investment-Trends-Monitor-(Series).aspx, consulté le 1 février 2017.

[14] UNDP, *Global Investment Trends Monitor*, No. 22, 20 janvier 2016, disponible sur http://unctad.org/en/Pages/Publications/Global-Investment-Trends-Monitor-(Series).aspx, consulté le 1 février 2017.

[15] UNDP, *Global Investment Trends Monitor*, No. 24, 6 octobre 2016, disponible sur http://unctad.org/en/Pages/Publications/Global-Investment-Trends-Monitor-(Series).aspx, consulté le 1 février 2017.

[16] "China Has 3 Trillion Dollars in Reserve, but Foreign Investment Is Still Needed", *People's* Daily, 27 December 2012, disponible sur http:// caefi.mofcom.gov.cn/article/h/201212/20121208501816.shtml, consulté le 1 février 2017. Cependant, en raison de différents critères et éléments utilisés par les départements, ce chiffre connait des disparités considérables. Par exemple, en 2008, un rapport a établi qu'à la fin de 2007, et avec les éléments et informations fournis par l'Administration générale de l'industrie et du commerce, la Chine a déjà attiré plus de 2000 milliards de dollars américains en Chine (voir. "Total Foreign Investment Breaks the US$ 2 Trillion Barrier", *China Securities Daily*, 12 mars 2008, disponible sur http://news.xinhuanet.com/fortune/2008-03/12/content_7769475.htm, consulté le 1 février 2017.

il existait plus de 446 000 entreprises à participation étrangère en Chine, et un total de 12 360 milliards renminbis de capital social enregistré[17].

Une des raisons les plus plausibles de cette croissance rapide des investissements directs étrangers dans les années 1990 est la politique économique entreprise par le Parti communiste chinois. En effet, en 1992, la Chine a décidé de libéraliser de façon significative son régime des investissements directs étrangers. Le gouvernement a supprimé un grand nombre de restrictions sectorielles : il a décentralisé l'autorité d'approbation qui désormais ne se situe qu'au niveau local, et il a signé des traités avec de nombreux États en assurant que le gouvernement chinois ouvrirait davantage l'accès au marché national et augmenterait progressivement la protection des droits de la propriété intellectuelle[18]. Certes, la libération du régime des investissements étrangers constitue une hypothèse convaincante pour expliquer l'augmentation du nombre d'investissements directs étrangers en Chine. Cependant, la rapidité à laquelle les investissements étrangers se sont accrus laisse à penser que la libéralisation ne suffit pas à expliquer une croissance aussi importante.

Des études portant sur les investissements directs étrangers vers le Japon ont suggéré que le régime juridique des investissements étrangers d'un État d'accueil ne constitue qu'un des facteurs susceptibles d'influencer le flux d'investissements directs étrangers vers cet État. Par exemple, le gouvernement japonais a abrogé en 1980 sa Loi des investissements étrangers de 1950, ce qui, par conséquent, a supprimé toutes les restrictions portant sur les investissements étrangers. Cependant, l'accroissement du nombre d'investissements étrangers ne s'est fait remarquer que dix ans après l'abrogation de la Loi des investissements[19]. En effet, de nombreuses barrières économiques subsistaient encore postérieurement à ladite abrogation, empêchant ainsi l'entrée des investissements directs étrangers au Japon, et cela indépendamment du régime juridique des investissements étrangers en vigueur dans le pays.

Contrairement au Japon, les effets de la libération du régime chinois des investissements directs étrangers en 1992 ont été immédiats. La croissance rapide des investissements directs étrangers a démontré l'existence d'un accélérateur structurel au sein de l'économie chinoise, qui était présente de manière latente durant la période de l'économie planifiée des années 1980, dont le pouvoir a été débridé avec l'atténuation du contrôle gouvernemental

[17] Chen (C.), *Chinese Law: Context and Transformation*, Brill Nijhoff, 2016, p. 819

[18] Kirby (W.) et Huang (Y.), *op. cit.*, p. 45.

[19] Le Japon reste toujours un des plus faibles destinataires d'investissements directs étrangers parmi les pays industrialisés.

sur les investissements directs étrangers. L'ouverture d'un État aux investissements directs étrangers ne signifie donc pas que l'État sera submergé par les investissements directs étrangers. Certes, un régime libéral des investissements directs étrangers offre un accès facile aux investissements directs étrangers, mais le succès et le nombre réel des investissements directs étrangers dépendent de nombreux facteurs différents.

Les chercheurs ont également attribué la prépondérance des PME à participation étrangère en Chine aux flux d'envergure d'investissement provenant des économies ethniquement chinoises, c'est-à-dire les ressortissants de Hong Kong, Macao et Taiwan. L'idée est que les investisseurs issus des EEC possèdent des avantages linguistiques, culturels et relationnels lorsqu'ils investissent en Chine. En effet, dans un système juridique imparfait tel que la Chine, surtout au début de la politique de réforme et d'ouverture, la proximité ethnique et culturelle aide à réduire le coût transactionnel élevé des affaires[20]. Ce raisonnement fournit un point de départ pour analyser les effets spécifiques des affinités culturelles sur les investissements directs étrangers. L'influence de l'aspect culturel et de la proximité géographique est donc évidente lorsque nous étudions la composition du flux investissements directs étrangers en Chine. C'est la raison pour laquelle la Chine reçoit plus d'investissements directs étrangers de la part des économies ethniquement chinoises que de la part des autres pays occidentaux.

10. Ralentissement récent du développement économique chinois. La Chine a été le moteur de l'économie mondiale durant la dernière décennie grâce à sa croissance annuelle élevée de son PIB. Cependant, son développement économique s'est ralenti depuis 2011. En effet, l'an dernier, le taux de croissance annuelle du PIB chinois était de 6,7 %, taux le plus bas de la Chine depuis 25 ans. En mars 2017, le Premier ministre Li Kequiang a annoncé que l'objectif de cette année était de maintenir le taux de croissance à 6,5 %. Cette moyenne demeure cependant élevée comparée aux autres nations développées et à la moyenne mondiale, et elle reste extraordinaire considérant la taille de la Chine

En raison de ce ralentissement du développement économique national, le gouvernement doit faire face à plusieurs difficultés : 1) réduire le taux précédemment élevé de l'épargne nationale et de la consommation nationale des ménages ; 2) maintenir l'endettement des entreprises pour assurer la stabilité économique du pays ; 3) atténuer les investissements

[20] Une autre explication est celle de dire que certains investissements peuvent être motivés par l'altruisme des investisseurs. En effet, après 1992, certains entrepreneurs des économies ethniquement chinoises ont non seulement investi en Chine, mais ont également fait des dons aux écoles et aux hôpitaux de leurs villages d'origine.

spéculatifs dans le secteur immobilier ; 4) réduire la surcapacité industrielle ; 5) augmenter la productivité avec une répartition efficace des capitaux ; et 6) faciliter l'accès aux emplois mieux rémunérés à la population de classe moyenne tout en maintenant la compétitivité. Malgré ce ralentissement, l'économie chinoise se porte bien et a atteint tous ses objectifs. Le gouvernement a annoncé que la « stabilité économique » sera sa ligne directrice pour guider ses programmes dans le futur[21], la phase de développement s'étant, selon eux, terminée.

11. Treizième plan quinquennal. C'est face à ce ralentissement économique que le gouvernement a ratifié le treizième plan quinquennal en mars 2016. Ce nouveau plan est venu à un moment crucial du développement économique de la Chine car, il s'agit du dernier plan quinquennal avant que le pays arrive à sa date butoir de 2020 pour atteindre son objectif d'avoir une « société modérément prospère ». Ce plan révèle ainsi la façon dont le gouvernement vise à résoudre les difficultés économiques actuelles du pays.

Le premier point souligné par le plan quinquennal est le besoin d'accroître l'innovation[22] et le développement durable[23], et d'encourager la consommation intérieure pour rendre l'économie chinoise moins dépendante des financements gouvernementaux, de l'exportation et des industries lourdes. Cependant, le progrès effectué reste assez marginal dans la pratique. Sous la présidence de Xi Jinping, Pékin a déclaré que la santé à long terme de l'économie chinoise dépend du rôle plus décisif du marché dans l'allocation des ressources. Mais cette orientation vers l'établissement d'une économie de marché a été lente en raison de la crainte des conséquences potentiellement négatives sur la stabilité et l'accroissement économiques à court terme du pays. Le président Xi a également renforcé la mainmise de l'État sur certains secteurs d'industries clefs et sur les entreprises d'État.

Conformément à l'engagement des dirigeants chinois de doubler le PIB par habitant du pays d'ici 2020, le treizième plan quinquennal a prévu un objectif de croissance annuel de 6,5 % jusqu'en 2020. Ces dernières années, la Chine a renouvelé son soutien aux entreprises d'État dans les secteurs ayant des influences remarquables sur la sécurité économique nationale, et a cherché à favoriser les industries pour qu'elles deviennent plus compétitives sur la scène

[21] Kapur (R.), "Reasons to invest in China in 2017", *ZUU* online, 24 mai 2017, disponible sur https://zuuonline.sg/investment/futures/5-reasons-you-need-to-invest-in-china-now/, consulté le 8 juin 2017.

[22] Il est prévu qu'en 2020 la proportion de PIB consacré au secteur de la recherche et du développement doit accroitre de 2,5% (pour moins de 2,2% en 2015), et pour le secteur scientifique, ce pourcentage doit atteindre 60% en 2020 (contre 55% en 2015).

[23] Il s'agit de la première fois que le développement durable est l'objectif prioritaire d'un plan quinquennal. L'efficacité énergétique et le développement vert forment l'axe clef pour combattre la pollution environnementale. Le gouvernement a pris l'engagement de prendre des mesures de protections strictes dans les 5 prochaines années afin d'atteindre plusieurs objectifs environnementaux.

internationale. Les dirigeants chinois ont également diminué les effets de certaines réformes qui sont issues de la logique du mécanisme du marché avec l'affirmation du rôle « dominant » de l'État au sein de l'économie nationale. Cette affirmation, contraire à l'économie du marché, risquerait de diminuer les initiatives privées et rendrait l'économie nationale moins compétitive avec le temps.

12. Statistiques. Entre 1979 et 2012, la République populaire de Chine a su transformer sa politique initiale d'économie planifiée en une économie proche de celle de marché, assurant un taux moyen de croissance de 9,8 %[24] et transformant la Chine en une économie à revenu intermédiaire élevé selon les critères de la Banque Mondiale[25]. En 2016, le développement économique de la Chine reste relativement remarquable. En effet, l'économie chinoise a progressé de 6,8 %[26] alors que la moyenne mondiale était de 2,6 %[27]. Cette croissance de l'économie chinoise a surpassé non seulement la prévision des économistes, qui avaient déterminé un taux de 6,7 %, mais reste aussi dans la fourchette prévisionnelle du gouvernement[28]. À partir de 2010, la Chine est devenue le plus grand État exportateur dans le monde, et en 2013 elle était la plus grande nation commerciale. Cependant, malgré son succès économique, la moyenne du revenu par habitant demeure en dessous de la moyenne mondiale. Il est prévu que ce retard pourrait être rattrapé d'ici 2025, comme nous pouvons le constater dans le tableau ci-dessus du Fonds monétaire international[29].

[24] "China GDP Annual Growth Rate", *Trading Economics*, disponible sur http://www.tradingeconomics.com/china/gdp-growth-annual, consulté le 25 janvier 2017; "China's Economic Achievements: GDP Per Capita Increased 16 fold in 35 years", *People's Daily*, 21 novembre 2013, disponible sur http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-11/21/c_118226735.htm, consulté le 1 février 2016.

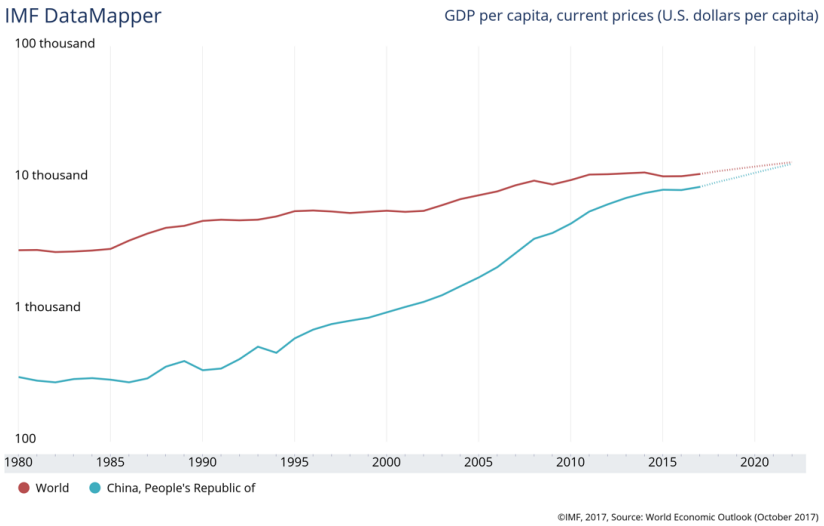
[25] Banque Mondiale, "How We Classify Countries", disponible sur http://data.worldbank.org/about/country-classification, consulté le 1 février 2016.

[26] La banque mondiale, "Croissance du PIB (%annuel)", Données des comptes nationaux de la Banque mondiale et fichiers de données des comptes nationaux de l'OCDE, disponible sur http://donnees.banquemondiale.org/indicateur/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?end=2015&start=1961, consulté le 18 juin 2015.

[27] France : 1.274%; Allemagne : 1.721%; États-Unis : 2.6%; Royaume-Unis : 2.2%.

[28] qui est de l'ordre de 6,5 à 7%.

[29] Selon les informations du FMI, le PIB chinois par habitant s'élève à 8,58 milles dollars américain en octobre 2017, alors que la moyenne mondiale est de 10,75 milles dollars américains. Voir IMF DataMapper, *World Economic Outlook*, octobre 2017, disponible sur http://www.imf.org/external/datamapper/NGDPDPC@WEO/WEOWORLD/CHN, consulté le 6 octobre 2017.

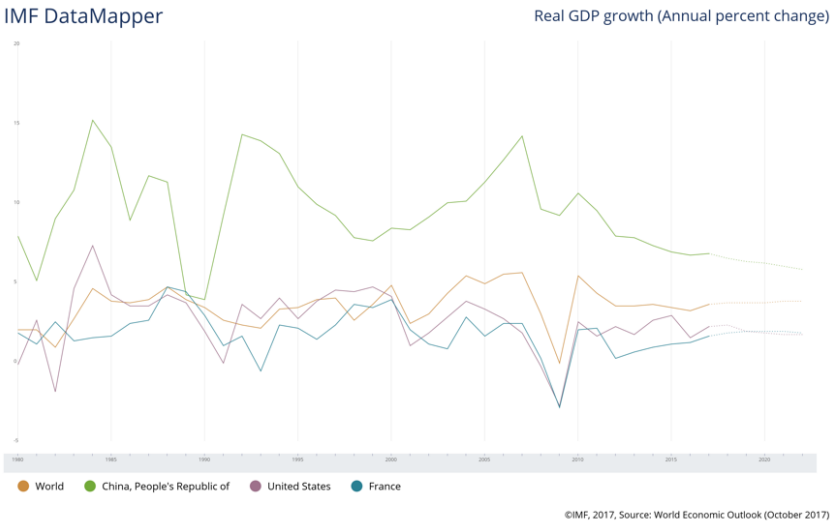


Selon les données officielles, le PIB réel de 2016 est de 11 230 milliards d'USD. Cependant, du fait que le taux de change est déterminé par décret du pouvoir exécutif et non pas par le mécanisme du marché, le taux de change utilisé pour mesurer le PIB n'est pas fidèle au taux de production de la Chine. En effet, le taux de change officiel minimise le niveau réel de production chinoise vis-à-vis du reste du monde.

Dans le cas de la Chine, le PIB est mesuré en parité de pouvoir d'achat[30]. Concernant la croissance réelle du PIB chinois, en 2014 elle était de 7,3 %, puis de 6,9 % en 2015 et de 6,7 % en 2016 et en 2017. Il est estimé que la croissance réelle du PIB chinois sera de 5,8 % en 2020[31]. Concernant le PIB par habitant, il était de 13 600 USD en 2014, de 14 500 USD en 2015, et de 15 400 USD en 2016, démontrant ainsi une augmentation graduelle qui traduit l'amélioration de qualité de vie moyenne du citoyen chinois (voir le tableau ci-dessous du FMI d'octobre 2017).

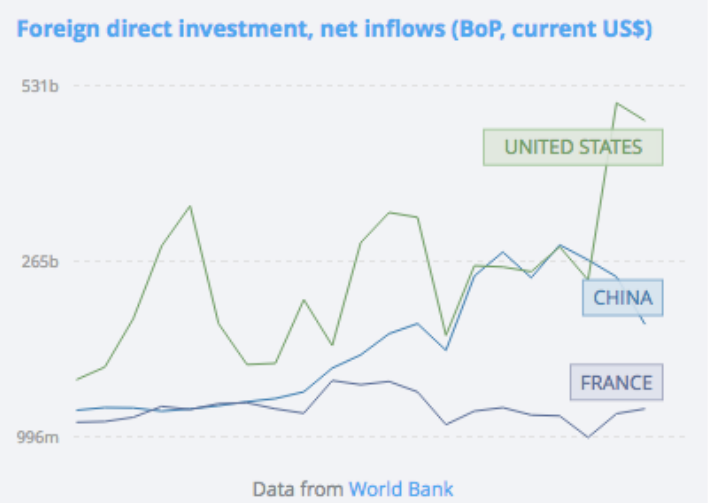
[30] La parité de pouvoir d'achat (PPA) est un taux de conversion monétaire qui permet d'exprimer dans une unité commune les pouvoirs d'achat des différentes devises. Ce taux exprime le rapport entre la quantité d'unités monétaires nécessaire dans des pays différents pour se procurer le même « panier » de biens et de services. Ce taux de conversion peut être différent du « taux de change » ; en effet, le taux de change d'une devise par rapport à une autre reflète leurs valeurs réciproques sur les marchés financiers internationaux et non leurs valeurs intrinsèques pour un consommateur. Définition donnée par l'INSEE, disponible sur https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1923, consulté le 9 juin 2017.

[31] « China GDP Growth Rate », *Trading Economics,* disponible sur https://tradingeconomics.com/china/gdp-growth, consulté le 8 juin 2017. Il s'agit, en effet, d'une diminution du taux de croissance, mais ce taux demeure bien au-delà celui de la moyenne mondiale, et constitue la conséquence inévitable du processus de normalisation du marché chinois.



Selon les statistiques, entre la politique d'ouverture et décembre 2016, la Chine a reçu 1 390 milliards d'USD, dont 133 700 millions d'USD entre janvier et décembre 2016[32]. Parmi les États qui investissent le plus en Chine, nous pouvons citer Hong Kong (67 %), Singapour (5 %), la Corée du Sud (4 %), les États-Unis (3 %), Macao (3 %), Taiwan (3 %) et le Japon (3 %). Parmi les secteurs d'industries qui accueillent les capitaux étrangers, 43,3 % sont dans le secteur de la fabrication, 20,9 % dans le secteur immobilier, 6,2 % dans le secteur des services commerciaux, 5,7 % dans la vente en gros et en détail et 2 % dans le transport, la télécommunication et les services postaux[33].

[32] « China : Foreign Investment », *Santander* Trade, Décembre 2017, disponible sur https://en.portal.santandertrade.com/establish-overseas/china/foreign-investment, consulté le 4 décembre 2017.
[33] *Ibid.*



13. Raisons actuelles d'investir en Chine. Malgré le ralentissement du développement économique récent de la Chine, le marché chinois continue à attirer les investisseurs étrangers. Il est communément admis que la présence des investisseurs étrangers en Chine est cruciale au sein d'une économie mondiale du XXIe siècle : la majorité des entreprises du classement Fortune 500 sont déjà présentes en Chine, et un nombre d'entre elles ont établi plusieurs entités sur plusieurs zones géographiques différentes du territoire chinois. De nos jours, la Chine demeure une des destinations favorites des investissements directs étrangers car, de nombreux facteurs indiquent que l'accroissement économique de la Chine est loin d'être terminé. En effet, la Chine peut être au commencement de sa seconde phase d'accroissement économique. Pour cette seconde phase, l'expansion économique serait portée par sa large classe moyenne et une nouvelle vague de programmes politiques qui pourraient contribuer à redynamiser l'économie chinoise.

14. Nouvelle route de la soie. Le président chinois, Xi Jinping a décrit le programme de la nouvelle route de la soie (一带一路, *Yīdài yīlù,* One Belt One Road) comme étant le « programme du siècle ». Il s'agit d'une stratégie de développement née de sa politique de « sortir à l'extérieur » (走出去, *Zǒu chūqù*), rendue publique en septembre et octobre 2013. Le programme se concentre sur la connexion et la coopération entre les pays eurasiens et lie l'Asie du Sud-est à l'Europe, en passant par l'Afrique et la Russie. Il est composé de deux « routes » : 1) la Route de la soie : une route terrestre désignée à lier la Chine avec l'Asie

centrale, l'Europe de l'Ouest et l'Europe de l'Est. Elle liera également la Chine à la Méditerranée, au Golf Persique, au Moyen-Orient, à l'Asie du Sud et à l'Asie du Sud-est ; 2) la Route maritime de la soie du 21e siècle : une route maritime qui débutera à partir de la côte est de la Chine. Cette route a deux orientations, vers l'ouest, elle atteindra l'Europe en traversant le sud de la mer de la Chine et l'Océan indien et, vers l'ouest elle, se dirigera vers le Pacifique du Sud.

Actuellement, 65 États ont été identifiés comme participants de la nouvelle Route de la soie. Ces États impliqués dans le projet produisent 30 % de la production économique mondiale, et plus de 60 % de la population mondiale résident au sein des États qui font partie du programme de la nouvelle Route de soie. Initialement annoncé en 2013, le programme nécessite 5 000 milliards d'USD pour la construction de routes, des installations de transport ferroviaire, de gazoducs et de systèmes de production d'électricité. En raison du montant phénoménal du programme, le financement dudit projet ne peut pas dépendre uniquement du gouvernement chinois ou des banques chinoises d'investissement en infrastructure, mais nécessite également des capitaux étrangers, créant ainsi des opportunités d'investissement pour les investisseurs étrangers[34].

Selon les données officielles du gouvernement chinois publiées le 15 mai 2017, 935 entreprises à participation étrangère impliquées dans le programme de la Route de la soie

[34] Kwok (K.), "Belt and Road: An Investment Opportunity?", Morningstar, 11 juillet 2017, http://www.morningstar.co.uk/uk/news/159922/belt-and-road-an-investment-opportunity.aspx, consulté le 23 juillet 2017.

ont déjà reçu l'autorisation des autorités administratives chinoises pour s'établir en Chine depuis le lancement du programme[35]. Cette donnée officielle est cependant mise en doute par certains auteurs qui considèrent que le nombre réel d'entreprises à participation étrangère ayant reçu l'autorisation administrative des autorités chinoises compétentes est de 457[36].

15. Développement de la nouvelle Zone économique spéciale de Xiaogan. L'une des raisons principales pour lesquelles la Chine a créé la nouvelle Zone économique spéciale de Xiaogan est de désengorger la ville de Pékin qui a vu sa population dépasser les 22 millions d'habitants. Cette nouvelle Zone, située dans la province de Hubei, à 100 km de Pékin, a non seulement la fonction de décongestionner la ville de Pékin, mais a également une mission plus large, qui est d'intégrer les économies du Hubei, Pékin et Tianjin en forgeant des partenariats entre elles. Ainsi, comme toutes les Zones économiques spéciales, cette nouvelle Zone de Xiaogan a le potentiel d'attirer une grande quantité d'investissements étrangers et de donner un élan à l'économie de la région.

16. Création de sept zones supplémentaires de libre-échange. La Chine a établi sa première Zone de libre-échange à Shanghai en 2013, puis trois autres (Guangdong, Fujian et Tianjin) en 2014. En mars 2017, le gouvernement chinois a annoncé son projet de créer les nouvelles zones de libre-échange à Liaoning, Zhejiang, Henan, Hubei, Chongqing, Sichuan et Shaanxi. Chaque Zone se spécialisera dans un secteur d'industrie particulier. Par exemple, Chongqing aura pour mission de promouvoir le programme de la Route de la soie, alors que Zhejiang développera les services maritimes internationaux[37].

De même que les Zones économiques spéciales précédemment mentionnées, les Zones de libre-échange ont aussi le potentiel d'attirer les investissements étrangers car, elles offrent des avantages aux investisseurs étrangers, telles que la libre convertibilité de la monnaie locale, des droits de douane à taux réduit (ou nul) pour l'importation et la réexportation, et elles suppriment également de nombreuses restrictions de droit commun sur les investissements directs étrangers.

17. Un marché national compétitif. La Chine détient un des plus grands marchés nationaux au monde, avec ses 1,3 milliard de clients potentiels. De plus, ce marché national de grande

[35] 曾沧海, *« "一带一路"沿线33个国家和地区在川设外商投资企业935家», 四川经济日报*, 15 mai 2017, disponible sur http://www.sc.gov.cn/10462/10464/10797/2017/5/15/10422684.shtml, consulté le 20 mai 2017.
[36] « "一带一路"带来发展机遇，外商投资企业注册数量暴增！ », 企常青, 5 septembre 2017, disponible sur http://www.qichangqing.com/newsInfo_8942.html, consulté le 8 octobre 2017.
[37] Borsuk (R.), « China approves 7 new free trade zones in bid to open economy", *Reuters*, 31 mars 2017, disponible sur https://www.reuters.com/article/china-trade-ftz/update-1-china-approves-7-new-free-trade-zones-in-bid-to-open-economy-idUSL3N1H83RM, consulté le 2 juin 2017.

envergure est également en phase de croissance rapide (avec un accroissement moyen de 7 % par an). Cette possibilité pour les investisseurs étrangers d'accéder à un marché d'une telle envergure permet à la Chine d'être une des destinations préférées des investissements directs étrangers.

Avec un marché chinois qui devient de plus en plus prospère, les industries de haut de gamme, tel que la santé, la technologie informatique, l'ingénierie, la robotique et les produits de luxe, ouvriraient d'autres opportunités et de secteurs d'investissements aux investisseurs étrangers. Grâce à sa productivité et ses nombreuses ressources matérielles et en main-d'œuvre, le coût de production demeure relativement bas en Chine, malgré le phénomène de normalisation du marché, rendant ainsi son marché très compétitif sur la scène internationale.

4) Sources de difficultés du droit des investissements directs étrangers.

18. Un droit peu connu du monde occidental. Malgré l'engouement qu'éprouve le monde occidental pour la Chine depuis une dizaine d'années, grâce à l'ouverture économique et l'affirmation de la position de la Chine sur la scène internationale, le droit chinois est encore très mal connu des praticiens occidentaux et peu enseigné dans les facultés de droit occidentales[38]. En effet, la Chine possède une culture juridique propre qui ne partage que peu de points communs avec les systèmes juridiques occidentaux. Ainsi, pour connaître un sujet de droit chinois, il convient de commencer par une étude approfondie et sérieuse de son histoire du droit, de ses institutions politiques, de ses structures économiques, de son cadre social et de son environnement social.

L'histoire de la civilisation chinoise est un phénomène unique dans les annales de l'humanité[39]. Certes, elle n'est pas la civilisation la plus ancienne, mais elle est celle qui s'est maintenue le plus longtemps[40]. Le problème principal repose donc sur cette longévité et sur la nécessité du législateur chinois de trouver l'équilibre entre le monde moderne actuel et sa

[38] Beydon (O.), *Introduction à la pensée juridique chinoise,* Larcier, 2014, p. 13.
[39] Escarra (J.), *Droit chinois et droit comparé,* in Acta Académie Universalis Jurisprudentiae comparative, vol. 1, Sweet & Maxwell, Londres, 1928, p. 272.
[40] *Ibid.*

civilisation vieille de quatre mille ans[41]. Il s'agit donc d'une des préoccupations principales de son système de droit et la raison pour laquelle son droit est méconnu du monde occidental. En octobre 2011, le gouvernement de la Chine a déclaré que « *depuis plus de 62 ans [à partir de 1949], particulièrement depuis l'adoption de la politique de réforme et d'ouverture en 1978, le Parti communiste chinois a guidé le peuple chinois dans la création de la Constitution et des lois. Grâce à des efforts concertés et incessants, nous avons mis en place un système juridique socialiste pourvu de caractéristiques chinoises, c'est-à-dire un système fondé sur les conditions objectives et la réalité concrète de la Chine, susceptible de satisfaire les besoins de réforme et d'ouverture, conformément à l'esprit moderne socialiste, et capable de refléter la volonté réelle du Parti communiste chinois et du peuple chinois* »[42]. Cependant, la réalité juridique est loin de ce que prétendent les dirigeants chinois.

19. Un droit peu adapté à la société chinoise. Une des problématiques principales du droit chinois réside dans l'incohérence entre les différents textes juridiques qui régissent la vie en société, et la société chinoise elle-même. Il s'agit d'une indifférence du droit vis-à-vis de la tradition trimillénaire et des spécificités culturelles du pays qui pose un réel problème dans l'avènement de l'État de droit au sein de la Chine[43].

Cette situation délicate est causée par la méthode particulière de création du droit chinois contemporain, dont la nature se trouve à l'antipode ce celle des États occidentaux.

Deux hypothèses opposées expliquent la naissance du droit chinois : la première hypothèse considère que le droit chinois s'est créé selon un mécanisme d'imitation et d'emprunt des tendances juridiques, de la doctrine et des institutions des États occidentaux développés. La seconde hypothèse énonce que le droit chinois est conçu sur la base des conceptions classiques et des institutions traditionnelles de la Chine impériale[44]. La réalité est partagée entre les deux hypothèses.

La seconde hypothèse applique en réalité la théorie de l'histoire du droit. Selon cette théorie, représentée par Savigny, la loi ne se crée pas, elle se découvre[45] car, le droit est la concrétisation des expériences de la vie humaine, dans lesquelles les hommes découvrent

[41] *Ibid.*
[42] Livre blanc du Conseil des affaires de l'Etat, *A Soclialist System of Laws with Chinese Characteristics*, publié par le bureau d'information du Conseil des affaires de l'Etat, Octobre 2011, Beijin, Foreign Language Press Co. Ltd, 2011, 1-2.
[43] Voir la section portant sur l'État de droit socialiste.
[44] Pound (R.), "Comparative Law and History as Bases for Chinese Law", *Harvard Law Review*, vol. 61, N°6, mai 1948, p. 749
[45] Gambaro (A.), Sacco (R.) et Vogel (L.), *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, pp. 258 et s.

des limites invisibles à leurs libertés individuelles qui ont été imposées par la volonté commune de tous. En effet, les codes et les textes de loi ne peuvent uniquement déclarer la présence d'une règle de comportement préexistante au sein de l'esprit du peuple (*Volksgeist*). Ainsi, la loi n'est que la déclaration formelle d'une conviction d'éthique populaire.

Cette école de pensée est appliquée par le législateur chinois à la naissance et tout au long de l'évolution du droit chinois contemporain, du moins c'est ce que prétendent les dirigeants communistes à chaque vague de réforme juridique. Certes, certaines dispositions législatives trouvent leur racine dans l'histoire de la Chine, notamment dans les institutions et au sein des idées traditionnelles ancrées dans l'esprit du peuple chinois, mais ce n'est pas le cas de la majorité du système juridique chinois. Par exemple, une grande partie de la Constitution chinoise a été élaborée selon une étude comparative de différentes Constitutions modernes de pays occidentaux développés, hors de toute considération de la tradition juridique du pays. L'autre exemple est le cas du droit chinois des contrats, qui est majoritairement inspiré du BGB allemand, mais qui contient également des notions juridiques issues du droit américain des contrats[46].

Une création pure et graduelle du droit chinois à partir des expériences passées du pays serait certainement préférable et souhaitée[47], mais lorsque le besoin imminent d'un cadre juridique est survenu à la veille des Guerres civiles et de la révolution culturelle, la Chine ne disposait ni assez de temps, ni d'expérience, pour développer son propre système de droit à partir des institutions et doctrines juridiques et politiques déjà existantes sous la Chine ancienne.

Dans un premier temps, conformément aux idéologies communistes, la Chine révolutionnaire s'est orientée vers l'imitation de modèles de droit soviétique, même si quelques influences de la tradition chinoise demeuraient présentes. Cette imitation est notamment concrétisée par l'élaboration de la Constitution de 1954, qui était une imitation pure et simple de la Constitution stalinienne de 1936[48]. Cette voie est cependant abandonnée avec la Révolution culturelle de 1967-1977, qui a non seulement mis un frein à l'évolution du droit chinois, mais a également détruit tout système de droit existant. À la suite de cette période instable, la Chine était devenue un État sans droit ni loi.

La seconde phase du développement du droit contemporain a débuté avec la mort de Mao Zedong en 1976 et l'adoption de la politique de réforme et d'ouverture en 1979 par Deng Xiaoping. Durant cette phase, le gouvernement a décidé d'entreprendre des travaux

[46] Articles 34 et 38 de la Loi des contrats économique empruntent des notions du droit américain.
[47] Pound (R.), *op. cit.,* p. 750.
[48] Gambaro (A.), Sacco (R.) et Vogel (L.), *op. cit.,* p. 402.

législatifs en profondeur, mais en raison de la suppression du système de droit et des intellectuels sous la Révolution culturelle, le pays manquait de capacité intellectuelle pour mettre sur pied un système juridique de ses propres moyens, et le législateur a donc emprunté et imité les concepts et institutions juridiques du patrimoine juridique de l'Occident pour que le pays puisse avoir rapidement un système juridique complet[49]. Ainsi, en 10 ans, plus précisément entre 1984 et 1994, la Chine a réussi à créer un système juridique en effectuant une importation de masse des différents modèles juridiques de pays économiquement développés, sans prendre en considération les spécificités de la Chine[50].

Cependant, pour qu'un système de droit soit de qualité, sa création ne doit pas être pressée par le temps car, elle nécessite la prise en compte d'un ensemble d'éléments, notamment les expériences législatives antérieures du pays[51]. Ainsi, malgré le travail législatif de grande envergure effectué par le législateur au lendemain de la Révolution culturelle, un manque d'harmonie subsiste entre le droit et la société, et par conséquent au sein du système juridique chinois qui demeure visible au sein du système juridique contemporain.

20.La langue chinoise imprécise de « Monsieur Approximation ». Écrite en 1918 par l'auteur contemporain chinois, Hu Shi (1891-1962), l'anecdote de Monsieur Approximation (差不多先生, *Chàbùduō xiānshēng*)[52] est enseignée à l'école aux jeunes élèves du secondaire afin de les prévenir contre un des défauts principaux dans l'attitude du peuple chinois : la satisfaction par l'approximation. En effet, Monsieur Approximation disait souvent « *Pour toute chose de la vie, il suffit d'être approximatif. Quel intérêt à être précis et concis ?* » (凡事只要差不多，就好了。何必太精明呢？*Qiān fánshì zhǐyào chàbùduō, jiù hǎole. Hébì tài jīngmíng ne ?*). Enfant, il considérait que le sucre blanc et le sucre roux étaient approximativement la même chose lorsque sa mère lui demandait spécifiquement d'acheter du sucre roux pour une recette particulière. Puis lorsqu'il est devenu banquier, il estimait que la dizaine (十, *Shí*) et le millier (千, *Qiān*) étaient quasiment identiques car, leurs idéogrammes chinois se ressemblent. Quand il est tombé gravement malade, il a accepté qu'un vétérinaire le soigne car, le métier du vétérinaire était, selon lui, assez proche de celui du médecin. Et enfin, avant sa mort, il a déclaré qu'« *un être vivant était finalement assez*

[49] Issalys (P.) et Qi (X.), « Le processus législatif et la technique législative en Chine », *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n°3, 1996, p. 703.

[50] Nous pouvons compter le droit allemand, la *Common Law*, le droit japonais, le droit français, le droit soviétique et le droit taiwanais parmis les modèles utilisés par le législateur chinois au lendemain de l'adoption de la politique de réforme et d'ouverture.

[51] 王文杰, *趟變中之中國大陸法制*, éd. 4, 2014, p. 55.

[52] 胡適, « 差不多先生傳 » (*The Chronicle of Mr. "Close Enough"*). Disponible en chinois et en anglais sur http://chinesetoenglishtraslation.blogspot.fr/2009/08/blog-post.html. Consulté le 7 novembre 2017.

proche d'un être mort. Il suffit d'être approximatif pour chaque élément de la vie. À quoi bon d'être précis ? ». À sa mort, la Chine entière louait la capacité à se ressaisir de Monsieur Approximation et son ouverture d'esprit, et il a été surnommé le Grand Maître de la Flexibilité (圓通大師, *Yuántōng dàshī*). Sa renommée s'est étendue avec le temps sur le territoire de la Chine, et une plaisanterie courante est de ne penser qu'il n'y aurait plus que des Messieurs et Mesdames Approximation, et que la Chine est devenue un « pays de paresseux ». Cette anecdote amusante illustre bien le manque de précision de la langue chinoise, qui est la source principale de la difficulté du droit chinois.

La clarté de la loi dans l'élaboration des textes législatifs chinois continue à captiver l'attention des chercheurs et des praticiens, et plus récemment des linguistes. L'ambiguïté et l'obscurité de la loi chinoise soulèvent non seulement de nombreuses difficultés complexes portant sur le mécanisme de l'interprétation de la loi, mais elles mettent également en doute du rôle de la loi au sein de la vie quotidienne des citoyens.[53] Un auteur a considéré qu'« *en général, le législateur chinois n'a pas tenté d'utiliser une langue juridique fondée sur des règles spécifiques de construction pour renforcer la structure interne et l'ordre du droit positif. Ils préfèrent, surtout en ce qui concerne la législation primaire, que la définition spécifique utilisée dans un texte juridique évolue en fonction du contexte dans lequel il s'insère* »[54]. De plus, « *les autorités administratives chinoises ont une préférence pour les lois élaborées de façon vague car, ces dernières leur permettent d'agir librement selon les circonstances spécifiques de l'espèce* »[55]. Il s'agit d'un caractère spécifique au droit chinois dont le législateur chinois profite lorsqu'il élabore un texte législatif, pour créer un degré d'incertitude afin de donner une large de manœuvre et d'appréciation aux organes étatiques, et notamment aux juges populaires.

Premièrement, en raison de la survenance de la Révolution culturelle dans les années 1970, la *lingua legis* de la Chine communiste est élaborée de telle manière que le plus grand nombre (le prolétariat) puisse y accéder. En effet, les textes juridiques sont généralement élaborés dans un chinois courant, c'est-à-dire de façon vague et générale et sans méthode scientifique spécifique, il n'existe donc pas de jargon juridique. L'avantage de cela est que la loi est accessible à l'ensemble du peuple chinois, peu importe leur formation. Cependant, en raison de l'absence de spécialisation, de nombreux textes normatifs manquent de

[53] Cao (D.), "Is the Chinese Lagal Language more Ambiguous and Vaguer", *in* Wagner (A.) et Cacciagudi-Fahy (S.) (dir.), *Obscurity and Clarity in the Law*, Ashgate, 2008, pp. 109-113.
[54] Keller (P.), « Sources of Order in Chinese Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 42, n°2, 1994, p. 752.
[55] *Ibid*, p. 749.

précisions quant à la détermination d'une institution juridique ou d'une notion de droit spécifique, ce qui induit assez facilement en erreur en cas d'interprétation ou de traduction des textes juridiques car, la compréhension d'un texte juridique dépend largement du contexte dans lequel le texte est adopté et des circonstances dans lesquelles il est utilisé.

L'ambiguïté de la langue juridique chinoise survient notamment lorsqu'on fait face à un cas de polysémie. Par exemple, le terme 代理人(*dàilirén*), peut désigner un « agent », un « mandataire », ou un « représentant légal ». Il existe un terme spécifique pour désigner le représentant légal d'une société, qui est 公司法律代表人 (*Gōngsī fǎlǜ dàibiǎo rén*), mais il arrive que certains textes juridiques utilisent également le terme 代理人(*dàilirén*) pour désigner le représentant légal d'une société. Un autre terme qui pose problème est la notion de 財產 (*cáichan*), qui signifie aussi bien « la propriété » que le « le patrimoine » et « la possession réelle d'une chose ». La compréhension du contexte est donc essentielle car, la possession réelle d'une chose n'inclut pas systématiquement la propriété de la chose possédée. Pose également problème les locutions 股本 (*Gǔběn*), qui est traduit par les termes de « part sociale », d'« action », et 股東 (*Gǔdōng*) qui veut dire aussi bien « associé » qu'« actionnaire », peu importe la forme sociale. Concernant le terme 投資 (*Tóuzī*), qui est essentiel de notre travail, il peut désigner aussi bien « l'investissement », que « l'apport », et « le capital social ». Ainsi, pour savoir quelle définition à retenir, il convient aux praticiens de prendre en compte le contexte dans lequel le terme est utilisé et sa position au sein du texte juridique dans lequel il s'insère.

Deuxièmement, il n'existe aucune règle de syntaxe ou de grammaire en Chine, cette absence est accentuée dans le monde du droit en raison du besoin de la précision de ce dernier. L'absence de grammaire pose également une difficulté sur le plan de la clarté des textes juridiques. À titre liminaire, il faut noter que peu importe le sujet et la temporalité, les verbes ne se conjuguent pas. Puis la difficulté réside également dans le fait qu'il n'existe, en chinois, aucun verbe qui désigne l'impérativité. Ainsi, les restrictions de la loi sont formulées sans l'adoption d'une forme d'impérativité quelconque. Par exemple, selon le contexte, le mot 應該 (Yīnggāi) est traduit par le terme « pouvoir » lorsqu'il est utilisé en tant qu'adverbe, mais peut également être utilisé comme un verbe pour désigner une certaine impérativité (« devoir » ou « falloir »). Il est difficile d'expliquer dans quelles circonstances ce mot traduit une impérativité, et dans quels cas il désigne une possibilité. Il faut alors prendre en compte la totalité de la phrase ou de la conversation pour comprendre dans quels cas on se situe.

Récemment, le pouvoir législatif chinois a commencé à faire des efforts afin rendre la *lingua juris* Chinoise plus précise, dans le but de réduire l'arbitraire et l'incertitude dans l'application de la loi par les autorités étatiques. Cependant, en raison de la nature approximative de la langue chinoise, ces incertitudes ne pourront probablement pas être totalement éliminées.

21. Un régime juridique instable en constante modification. Dans un régime communiste, le droit est au service de la politique. Ce constat est en effet formalisé par le préambule de la Constitution chinoise de 1982 qui a réaffirmé à plusieurs reprises l'absolutisme du Parti communiste chinois[56]. Ainsi, le droit chinois s'est développé selon les soubresauts de la politique du gouvernement. Ceci est notamment plus visible dans le domaine des investissements directs étrangers dont la mission principale est le développement économique du pays. En effet, initialement prévu pour attirer les capitaux étrangers, le droit des investissements directs étrangers était dans un premier temps fortement restrictif quant à l'approbation des projets d'investissements, mais restait avantageux pour les investisseurs étrangers qui remplissaient les restrictions imposées par le gouvernement et obtenaient les approbations nécessaires. Ce régime restrictif, mais avantageux, est devenu de plus en plus libéral et normalisé afin de se conformer aux standards internationaux portant sur le traitement national. De surcroît, avec l'existence du Plan quinquennal[57], le Parti communiste chinois dirige l'orientation générale du pays portant sur tous les points de la vie quotidienne en Chine, notamment sur le droit et l'économie du pays. Ce plan quinquennal s'accompagne du Catalogue d'orientation des industries d'investissements étrangers. Or, ce texte de référence des investisseurs étrangers est modifié tous les trois ans conformément aux objectifs des différents plans quinquennaux. Ainsi, il est primordial de suivre de près les actualités aussi bien politiques que juridiques de la Chine avant et après la constitution d'entreprises à participation étrangère, et de n'avoir à l'esprit qu'aucune connaissance acquise sur le sujet ne peut échapper à une modification.

22. Une réforme de grande envergure en attente. Respectueuse de la tendance internationale tendant à libéraliser les marchés nationaux, la Chine a introduit un projet de Loi portant sur les investissements directs étrangers. En effet, la Chine ne dispose actuellement pas d'une Loi portant sur les investissements directs étrangers. Il existe, à la place, plusieurs textes adoptés par des autorités différentes, de hiérarchies diverses, à des

[56] Préambule de la Constitution de la République populaire de Chine de 1982. Disponible sur http://mjp.univ-perp.fr/constit/cn1982.htm, consulté le 4 novembre 2017.
[57] La version la plus récente a été adoptée en mars 2017

périodes variées. Ainsi, le régime juridique des investissements directs étrangers manque de cohérence car, des normes peuvent rentrer en conflit entre elles. Dans le but de remédier à cette absence de cohérence, le législateur chinois a publié le projet de Loi des investissements étrangers le 19 janvier 2015. Ce projet a pour but de simplifier la procédure d'approbation et d'établir un corpus juridique unique pour les entreprises à participation étrangère, supprimant ainsi la différence actuelle de régime juridique entre les différentes formes d'entreprises à participation étrangère. Encouragé par le milieu des investisseurs étrangers, le projet de loi aurait dû entrer en vigueur vers la fin de l'année 2017. Cependant, l'adoption n'a toujours pas eu lieu et son avenir demeure très incertain, surtout en raison des réformes mineures faites récemment portant sur les investissements étrangers et reprenant certaines idées issues du projet de 2015.

5) Méthodologie

23. Étude multidisciplinaire. Le présent travail a pour méthode de recherche l'analyse du droit positif par le biais de l'histoire du droit chinois qui a formé les institutions actuelles, et fondé l'attitude du gouvernement chinois actuel envers les investissements étrangers, il s'agira également d'étudier des notions issues de la tradition juridique, la pratique des affaires et de faire une lecture exégétique des normes juridiques qui forment le cadre des investissements directs étrangers en Chine.

24. Séjours de recherche. Enfin, les connaissances capitales sur la Chine d'aujourd'hui ne peuvent être acquises que par les expériences personnelles sur le terrain. En effet, en raison des spécificités du droit chinois comparées au droit occidental, et notamment au droit français, un séjour de recherche en Chine est impératif pour une compréhension approfondie du sujet car, le droit n'est pas cantonné aux textes normatifs, mais est conditionné par l'environnement dans lequel il s'insère. Ainsi, un premier séjour de recherche a été effectué à Taiwan. Certes, le système juridique et le régime politique taïwanais sont distincts de ceux de la Chine. Cependant, en raison des liens historiques et culturels et des rapports commerciaux existants entre ces deux États, cette escale me semblait indispensable pour m'introduire dans le droit chinois. De surcroît, le Professeur Wang Wen-Chieh est l'expert principal du droit chinois des investissements, de sorte que je n'ai pas hésité à recourir à lui pour la réalisation de mes recherches, et d'établir une convention de cotutelle entre l'Université de Paris Est et l'Université Nationale de Chengchi.

Postérieurement à ce premier séjour de recherche introductive à Taiwan, j'ai ensuite effectué un autre séjour de recherche en Chine, plus précisément à sa capitale : Pékin. Durant ce séjour en Chine, j'ai non seulement eu l'opportunité de vivre et d'assister aux cours aux côtés des étudiants chinois, mais j'ai également pu rassembler une bibliographie considérable sur le droit des investissements directs chinois, et effectuer plusieurs entretiens avec des experts du sujet. Il est indéniable qu'en Chine ce travail de recherche n'a pas toujours été évident. D'abord, concernant la recherche bibliographique, les œuvres sur le droit chinois des investissements directs étrangers sont rares en raison de la complexité du sujet, et le peu qui existent sont, soient rédigés par un organe du pouvoir public, soient ont reçu l'approbation du gouvernement. Ainsi, les informations issues des sources bibliographiques chinoises doivent être traitées avec beaucoup de précautions. Concernant par ailleurs les entretiens, la majorité des praticiens chinois n'ont accepté l'entretien que si une présentation de la part d'une connaissance commune a eu lieu auparavant, les praticiens occidentaux ont préféré garder leur anonymat en raison du contrôle strict du pouvoir politique sur le droit de séjour, et les universitaires préféraient donner leurs avis personnels hors des murs de l'université et des heures de travail. Cette expérience m'a cependant été fructueuse et, si les informations ont été rassemblées avec effort, elle m'a permis d'appréhender l'omniprésence du Parti communiste chinois dans le milieu du droit, et notamment au sein des bancs de l'université.

1. Annonce du plan.

25. Présentation. Le droit chinois permet aux investissements étrangers d'être effectués sous différentes formes : la plus utilisée et connue dans la période contemporaine est l'établissement d'entreprise à participation étrangère[58]. Ces investissements directs étrangers effectués sous forme d'entreprise à participation étrangère doivent prendre la forme d'une entreprise de nationalité chinoise, c'est-à-dire valablement établie en Chine conformément à la législation en vigueur, et sont régis principalement par les trois Lois des entreprises à participation étrangère qui sont votées au début de la politique de réforme et d'ouverture : la

[58] Entre janvier et novembre 2017, la totalité des opérations d'investissements étrangers approuvées étaient des entreprises à participation étrangère. Parmi les 24355 opérations d'investissements étrangers qui ont été approuvées, 24355 sont des opérations d'investissements directs étrangers. http://www.fdi.gov.cn/1800000121_49_4468_0_7.html, consulté le 25 janvier 2016.

Loi portant sur les *Equity Joint-Venture* [ci-après « EJV »], la Loi portant sur les *Contractual Joint-Venture* [ci-après « CJV »] et la Loi portant sur les *Wholly Foreign Owed Enterprise* [ci-après « WFOE »]. Le développement et la modernisation du droit des investissements directs étrangers se sont réalisés autour de ces trois lois principales. Des règlements d'application portant sur les investissements étrangers ont été adoptés sur la base de ces trois lois, principalement dans les années 1980, c'est-à-dire pendant la politique de planification économique, donnant ainsi au régime juridique des investissements étrangers une coloration fortement planificatrice, emblématique du régime politique communiste. Ce droit des investissements étrangers a ensuite été modifié afin de se conformer aux exigences du protocole d'adhésion à l'OMC, et d'assurer aux investisseurs présents et futurs la sécurité de l'environnement des investissements étrangers.

26. Plan. Ainsi, un investisseur étranger souhaitant investir en Chine doit examiner au préalable l'environnement du droit chinois des investissements. Ainsi, une connaissance poussée de l'histoire du droit chinois et de la maturité d'un système juridique est nécessaire pour que l'investisseur éventuel puisse savoir s'il est judicieux d'investir en Chine, et quelles sont ses chances de succès (***TITRE I.***). Une fois que l'investisseur étranger a pris sa décision d'investir en Chine après avoir pris connaissance de l'environnement d'investissements étrangers, la seconde connaissance indispensable à acquérir porte sur le régime juridique des investissements directs étrangers et sur les protections juridiques offertes aux investisseurs étrangers. Depuis le dépôt du projet d'investissement jusqu'à la dissolution de l'entreprise à participation étrangère, la vie de cette dernière est strictement encadrée par des dispositions législatives et réglementaires du pays afin de permettre au gouvernement chinois d'avoir un droit de regard constant sur les activités de l'entreprise pour assurer qu'elles soient effectuées dans le respect du développement économique chinois. Toute activité de l'entreprise qui contreviendrait à cette mission d'intérêt général de la Chine serait sanctionnée par la loi. Ainsi, la connaissance du droit positif des investissements directs étrangers et des mécanismes de protection des investissements étrangers est nécessaire pour assurer la pérennité et le succès de l'investissement sur le territoire chinois (***TITRE II.***).

TITRE 1.

ENVIRONNEMENT DU DROIT DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ETRANGERS

27. Présentation. À l'encontre de théorie concernant le droit et le développement, la Chine a su réussir son décollage économique avec un cadre juridique simple, mais évolutif. Jusqu'au lancement de la politique d'ouverture à la fin des années 1970, il n'existait aucun cadre juridique non seulement pour les investissements directs étrangers, mais plus largement pour la vie en société en général. C'est en effet à partir cette période que la Chine, souhaitant attirer des investissements étrangers, a adopté de nombreux textes législatifs afin d'octroyer des avantages aux investisseurs étrangers. Ce n'est que dans les années 1980, c'est-à-dire lorsque les opérations d'investissements étrangers devenaient plus fréquentes en Chine, que le cadre légal des investissements étranger a vu le jour.

Certes, le droit positif est la concrétisation de la situation actuelle d'un État, il doit être inscrit dans le présent et respecter les éléments du monde d'aujourd'hui afin d'être applicable par les justiciables. Cependant, le droit est également le produit de l'histoire d'un pays et

constitue le résultat de l'expérience d'un État. C'est notamment le cas du droit des investissements étrangers chinois qui, en raison de son caractère politique, est fortement influencé par différents éléments de son histoire. Il est donc primordial de s'intéresser à l'histoire du régime juridique des investissements directs étrangers afin de bien appréhender le droit positif chinois.

28. Plan. L'étude de tout régime juridique nécessite une recherche sur l'environnement qui encadre ledit régime. Ce titre premier s'intéresse à l'environnement du droit des investissements directs étrangers, c'est-à-dire à son histoire (Chapitre 1) et au cadre institutionnel et juridique dans lequel s'inscrit le régime juridique des investissements directs étrangers (Chapitre 2).

CHAPITRE 1.

HISTOIRE DU DROIT DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ETRANGERS

29. Plan. Le régime juridique chinois des investissements directs étrangers est le fruit de son passé. Il a été imprégné par des relations diplomatiques et commerciales notamment avec les puissances occidentales et par les fameux « traités inégaux ». Ce premier chapitre se concentre donc sur l'histoire du droit des investissements directs étrangers en Chine, c'est-à-dire depuis sa première apparition avant l'arrivée au pouvoir du Parti communiste (**Section I.**) et sur son développement depuis l'instauration de la Chine communiste (**Section II.**).

SECTION 1. EMBRYON DU DROIT DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ETRANGERS SOUS LA PERIODE PRECOMMUNISTE

30. Un régime juridique illustrant la perte et le regain de la souveraineté chinoise. Le cadre juridique du droit positif des investissements étrangers a été forgé sous la période impériale, en raison des invasions des puissances occidentales (I). Ce régime, fondé sur les traités inégaux, a été ensuite perfectionné sous le règne du gouvernement nationaliste afin de permettre à la Chine de regagner sa souveraineté économique (II).

I. Naissance du droit des investissements étrangers sous la période précommuniste

31. Un régime juridique fondé sur les échecs militaires et l'instabilité politique de la Chine. Antérieurement aux Guerres de l'opium (1839-1860), le gouvernement chinois détenait un contrôle réel et effectif sur les activités d'investissements étrangers sur le territoire. Il s'agissait d'un élément constitutif de sa souveraineté sur la vie économique du pays. Cependant, après avoir perdu les Guerres de l'opium, le gouvernement chinois avait vu sa souveraineté s'affaiblir en matière d'investissements étrangers, laissant ainsi les souverainetés étrangères diriger le régime des affaires internationales en Chine (A). La politique de la Chine moderne précommuniste était caractérisée par l'instabilité. Les changements de gouvernement étaient tellement récurrents que l'on pourrait résumer cette période en un mot : le désordre. Il s'agissait également d'une période de découvertes et de conquêtes par les États occidentaux et, face à ces souverainetés puissantes, l'Empire chinois était considéré comme un État extrêmement faible. C'est sous cette ingérence étrangère et cette instabilité politique que le régime juridique des investissements étrangers précommuniste a vu le jour (B).

A. Perte de souveraineté du gouvernement au lendemain des Guerres de l'opium

32. Les raisons internes de la chute de la dynastie Qing (秦). Entre 1644 et 1912, c'est à dire sous la dynastie Qing, la Chine a traversé une période de développement, puis d'apogée, avant de connaître le déclin et enfin la chute de l'empire. En effet, le désordre de la transition de la dynastie Ming à la dynastie Qing au XVII siècle a été suivi d'une période d'apogée extrême de la Chine entre 1680 et le début du XIXe siècle. Ce n'est qu'après 1820 que les relations avec les pays d'occident ont commencé à se détériorer ; époque à laquelle le déclin de la dynastie Qing était déjà amorcé[59].

[59] Fairbank (J. K.) et Goldman (M.), *China: a New History*, Harvard University Press, Cambridge, 2006, p. 163.

Le règne des empereurs Kangxi (康熙, 1661-1722), Yongzheng (雍正, 1722-1735) et Qianlong (乾隆, 1735-1796) a apporté une pérennité et une richesse à la Chine durant plus de cent ans. Les domaines tels que la politique, le droit, l'économie, la culture ont connu un essor sans précédent, comme l'a décrit un historien : « *le territoire s'étend de mille li*[60] *à l'Ouest […], outre le territoire de Ü-Tsang* (衛藏)[61], *la paix règne dans le pays, la culture et la politique s'élèvent naturellement* »[62].

Cependant, un apogée est souvent suivi d'une décadence, et c'est exactement ce qui s'est passé au cours du règne de la dynastie Qing. En effet, une crise sociale est survenue à la fin du règne de l'empereur Qianlong, démontrant ainsi de nombreux signes de dégénérescence de la dynastie. Les raisons principales de la chute de la Chine ont été les suivantes : le manque de puissance militaire en raison de l'absence d'industrialisation en Chine[63], la forte démoralisation générale due à la corruption extrême des hauts fonctionnaires[64], et la difficulté à préserver la qualité de vie face à l'augmentation démographique excessive[65].

33. Les facteurs internationaux de la chute de la dynastie Qing. La chute de la dynastie a ensuite été accélérée par les bouleversements qu'a subis la Chine sur la scène internationale. L'approche sinocentrique[66], adoptée au début de la dynastie Qing, considérait que la Chine constituait un monde à part entière, et non pas une partie intégrante du monde. Cependant, vers la fin du règne de Qianlong, cette frontière entre la Chine et le restant du monde a été effacée en raison de la montée en puissance des empires occidentaux, auparavant considérés comme des « barbares » (野蠻人, *Yěmán rén*), forçant ainsi l'empire du Milieu à s'intégrer dans le monde. En effet, étant un État hautement bureaucrate, dont l'industrie principale était celle du tissu, la Chine ne pouvait plus être un adversaire face à l'Empire britannique fortement industrialisé. Puis, cette position dominante de la Chine en Asie, qui a duré plus d'un millénaire, a ensuite été occupée par le Japon après la Guerre sino-japonaise (1894-1895). Comme l'a décrit l'historien américain, M. Hosea Ballou Morse, en 1900 : « *jusqu'en 1839, c'était la Chine qui dictait à l'Occident les termes selon lesquels les*

[60] Unité de mesure chinoise de distance qui équivaut à 500 mètres.
[61] Une des trois provinces traditionnelles du Tibet avec l'Amdo et le Kham. Il recouvre les parties centrale, centre-ouest et nord ouest du Tibet.
[62] 孟森, *明清史講義*（下冊）, 中華書局, 1981, p. 560
[63] Fairbank (J. K.) et Goldman (M.), *op. cit.*., p. 217.
[64] *Ibid.*., p. 232.
[65] 呂鐵貞, *近代外商來華投資法律制度*, 法律出版社, 2009, p. 2
[66] Le sinocentrisme est une approche ethnocentrique considérant la Chine comme centrale ou unique, relativement aux autres pays. Dans les époques pré-modernes, cette approche prenait la forme d'un point de vue selon lequel la Chine était la seule civilisation du monde, en considérant les nations ou ethnies étrangères comme « barbares » à des degrés divers.

relations devraient être autorisées à exister ; depuis 1860, c'est l'Occident qui a imposé à la Chine les conditions de leurs rapports communs ; les 20 ans intermédiaires constituaient une période de friction durant laquelle l'Ouest imposait ses conditions tandis que la Chine essayait de les minimiser et de résister »[67]. À partir de cette date, le déclin de l'empire a été rapide et inévitable, entraînant la chute du système impérial.

B. Rétablissement des relations internationales sous la période de la République

34. Instabilité politique nationale et internationale. C'est avec après l'avènement de la Révolution chinoise de 1911 (dites également Révolution de Xinhai 辛亥革命) que la dynastie Qing s'est retirée de la scène politique chinoise pour laisser place à la République de Chine. Cette période a été caractérisée par des conflits politiques internes, une révolution civile et des invasions étrangères, ce qui ont permis à un développement et à une réforme dans les domaines de l'économie, sociale et de la culture chinoise. Ainsi, l'instabilité constante qui régnait sur le pays et la lutte de pouvoir au sein du camp nationaliste du gouvernement nationaliste durant cette Décennie de Nanjing ont conduit à des changements fréquents de gouvernement. Se sont ainsi succédé : le Gouvernement provisoire de la République de Chine (中華民國臨時政, 1912), le gouvernement de Beiyang (北洋政府, *běiyáng zhèngfǔ*, 1913-1928), le gouvernement nationaliste de Canton (1925-1926), le premier gouvernement nationaliste de Wuhan (1927), suivi par le gouvernement nationaliste provisoire de Nanjing (南京國民政府 1927-1937), remplacé par le second gouvernement nationaliste de Wuhan (1937-1938), le gouvernement de Chongqing (1937-1946) et, enfin, le Gouvernement national de la République de Chine (中華民國, 1946-1948 en Chine, et depuis 1948 jusqu'à aujourd'hui à Taiwan). Cette instabilité politique a également été intensifiée avec la naissance du Parti communiste chinois qui a mis en danger la souveraineté du gouvernement nationaliste. Parallèlement aux conflits politiques internes, la scène internationale était également fortement troublée par la survenance successive des deux Guerres mondiales.
Durant cette période d'instabilité nationale et internationale, le système des traités bilatéraux du gouvernement Qing demeurait la base du régime juridique des investissements étrangers, bien que les gouvernements nationalistes successifs aient réussi à reprendre progressivement

[67] Morse (H. B.), *The International Relations of the Chinese Empire*, New York, Paragon Book Gallery, 1900, p. 299, disponible sur https://archive.org/details/internationalrel01mors, traduction libre, consulté le 7 octobre 2016.

la souveraineté économique de la Chine et à revaloriser la place de la Chine sur la scène mondiale.

35. Vers le regain de la souveraineté nationale. Le gouvernement provisoire de la République de Chine (1912) voulait faire appliquer une politique dirigiste des relations internationales conformément aux déclarations du président Sun Yat-Sen. Il n'a cependant pas eu la possibilité de la mettre en œuvre en raison de la durée extrêmement courte dudit gouvernement. Puis le gouvernement de Beiyang (1913-1928) a profité de la Première Guerre mondiale pour passer une série de mesures afin de se réapproprier la souveraineté. Le 14 août 1917, le gouvernement chinois a ainsi publié l'« *Annonce du Grand président* » et a déclaré que « *L'état de guerre se trouve exister entre la Chine, l'Allemagne et l'Autriche à dater du 14 août 1917, à 10 heures. Les traités précédemment conclus avec l'Allemagne et l'Autriche sont abrogés, conformément au droit international public* »[68]. En janvier 1919, la délégation chinoise de la Conférence de paix de Paris a soumis un document intitulé *« les Questions à résoudre »*[69], dans lequel elle a cité les problématiques principales que rencontrait le gouvernement chinois dans la gestion des investissements étrangers au sein de son territoire. Puis en 1921-1922, à l'ouverture des débats de la Conférence navale de Washington, le chef de la délégation chinoise, le docteur Sze, a présenté les « *dix principes* » qu'il espérait voir aboutir, parmi lesquels se trouve le souhait de remettre en question les privilèges antérieurs[70].

Malgré le fait que ces efforts n'avaient pas eu le résultat espéré par le gouvernement, ces deux Conférences ont tout de même permis de bâtir un fondement solide pour le rétablissement de la nouvelle souveraineté chinoise, permettant au gouvernement de remplacer progressivement les anciens traités inégaux d'investissement par d'autres traités plus respectueux de sa souveraineté.

En effet, le 12 janvier 1943, à l'occasion de la conclusion de nouveaux traités d'investissement avec les États-Unis et le Royaume-Uni, le gouvernement chinois a publié

[68] 1917 年 8 月 14 日 中國對德、奧宣戰 (déclaration de guerre à l'Allemagne et l'Autriche du 14 août 1917), disponible sur http://people.com.cn/BIG5/historic/0814/2655.html, Traduction libre, consulté le 5 septembre 2017.

[69] La délégation chinoise, *Questions à résoudre*, Conférence de paix de Paris, Paris, avril 1910, disponible sur http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5803758g, consulté le 12 septembre 2017.

[70] Armstrong (D.), « China's place in the new pacific order », in Erik Goldstein, John Maurer (dir.), *The Washington Conference, 1921-1922 : naval rivalry, East Asia stability and the road to Pearl Harbor*, Londres, Frank Cass, 1994, p. 276-278.

la Déclaration au peuple chinois[71], et a annoncé « *l'abrogation des traités d'investissement inégaux, de respect de l'égalité entre la Chine, les États-Unis et le Royaume-Uni, et le regain de la souveraineté chinoise* »[72]. La dernière étape qui a ancré la place de la Chine sur la scène internationale est sa nomination en tant que membre permanent du conseil de sécurité de l'ONU en 1944. Depuis cette nomination et jusqu'aux Guerres civiles et à la Révolution culturelle, le gouvernement chinois jouissait d'une souveraineté absolue sur le plan interne — notamment dans le domaine des investissements étrangers — mais influençait également les activités politiques et économiques sur le plan international.

II. Développement du droit des investissements étrangers de la période précommuniste

36. Annonce de plan. C'est sous cette période d'instabilité politique nationale et internationale et surtout sous d'usage des forces militaires par les Empires occidentaux que le droit moderne des investissements étrangers a été créé (A). Ce régime, composé de traités inégaux, était extrêmement avantageux pour les investisseurs étrangers et constitue une leçon pour les gouvernements ultérieurs (B).

A. Un chemin tortueux, mais continu du droit des investissements étrangers

37. Embryon du droit des investissements étrangers avec les Guerres de l'opium. Sous la pression des États occidentaux, la Chine a dû changer de vision sur son système politique en raison de la honte liée aux pertes de territoire et de souveraineté infligées par les États qui étaient considérés comme « *barbares* ». Parmi ces changements de système, celui portant sur la création d'un droit économique était le plus décisif. Avant la survenance de la première Guerre de l'opium, les investisseurs étrangers, qui étaient principalement des marchands, avaient déjà tenté de faire réduire le champ d'application du système du Cohong (公行制度,

[71] 金春明, « 百年外交反常事：1943 年"廢約"及其歷史回響 », 人民網, 1 septembre 2010, disponible sur http://www.people.com.cn/BIG5/198221/198305/198865/12608975.html, consulté le 8 septembre 2017.
[72] 呂鐵貞， *op. cit.*, p. 5.

Gōng xíng zhìdù)[73] établi sous le gouvernement de la dynastie Qing. L'échec de la Chine dans la première Guerre de l'opium a permis aux États occidentaux d'user leurs forces militaires pour persuader le gouvernement Qing à remplacer de façon définitive le système du Cohong par un système fondé sur les traités bilatéraux d'investissements, dans le but de faciliter les investissements étrangers en Chine. C'est sous cette impulsion étrangère, un droit économique étranger a été créé dans lequel se trouvait le premier régime des investissements étrangers.

La première Guerre de l'opium a été initiée en 1840 par l'Angleterre, aux côtés d'autres puissances occidentales. Le but de cette Guerre ne se limitait pas à la protection de son commerce de l'opium en Chine, mais tenait également au renversement du système de commerce existant et à l'établissement d'un droit économique conforme aux exigences des marchands étrangers. Aussi, le traité de Nanjing, signé le 29 août 1842, a ouvert aux puissances européennes de nouvelles possibilités commerciales alors qu'elles n'avaient eu jusque-là qu'un accès restreint au marché chinois. Il a également contraint la Chine à verser des indemnités pour la quantité d'opium détruit en 1839 (article IV). Les mesures les plus essentielles du traité des investissements étrangers étaient : la suppression du système de Cohong (article V), l'établissement d'un tarif douanier équitable et régulier (article X), l'octroi de la liberté de commerce dans les ports de Canton, Amoy, Foochowfu, Ningpo, et Shanghai (article II), la cession de Hong Kong (article III)[74]. Ces dispositions constituaient le fondement du droit des investissements étrangers chinois.

38. Ancrage du régime des investissements étrangers (1856-1895). En 1854, l'Empire britannique, la France et les États-Unis ont émis plusieurs demandes au gouvernement Qing dans le but d'obtenir davantage d'opportunités commerciales en Chine. Le refus du gouvernement chinois a conduit à la survenance de la seconde Guerre de l'opium, qui s'est soldée par la victoire des empires occidentaux et par la signature du traité de Tianjin le 26 juin 1858. Ce traité a confirmé les dispositions du traité de Nanjing, et a octroyé de nombreux

[73] Système selon lequel seuls les membres d'un Cohong, c'est-à-dire un association de marchands chinois ayant reçu l'autorisation du gouvernement central, pouvaient commercer avec les marchands étrangers, et uniquement à Guangzhou. Il s'agit d'un système qui est appliqué préalablement à la survenance de la première Guerre de l'opium (1839-1842). En 1760, les marchands chinois qui étaient en relation d'affaires avec des marchands étrangers se sont réunis afin de former un organe intermédiaire, le Cohong, entre les marchands étrangers et le gouvernement central. Avec l'installation du système de Cohong, un monopole s'est créé. Les prix d'importation et d'exportation étaient désormais fixes, ne laissant aucune marge pour les négociations entre les marchands étrangers et les marchands chinois. Ce système offrait un pouvoir de contrôle élargi aux fonctionnaires Qing sur les échanges commerciaux avec l'étrangers, mais cela restraignait la liberté des marchands et favorisait la corruption.

[74] Le traité de Nanjing, disponible sur http://www.chinaforeignrelations.net/treaty_nanking, consulté le 30 juin 2016.

autres avantages commerciaux, tels que l'ouverture de onze ports supplémentaires (article XI) et la liberté de circulation des bateaux marchands étrangers sur la rivière de Yang Tsé (article X).

Postérieurement à la signature du traité, l'Empereur Xianfeng (1850-1861) a tenté de renégocier avec les Empires occidentaux le tarif douanier. Sa demande a non seulement été refusée, mais en raison l'entrée des troupes des empires occidentaux dans la Cité interdite (Pékin), le gouvernement Qing a également été forcé de confirmer les termes du traité de Tianjin et de concéder d'autres avantages commerciaux[75] avec la signature de la Convention de Pékin le 18 octobre 1860. La signature de cette dernière convention inégale a ainsi accentué la position de faiblesse de la Chine face aux États occidentaux, et a instauré la base inéquitable des relations commerciales futures entre la Chine et les États d'Occident et du régime chinois des investissements étrangers.

39. Maturation du régime des investissements étrangers (1895-1917). Préalablement à la Première Guerre sino-japonaise (1894-1895), les opérations d'investissements étrangers étaient effectuées par des entreprises étrangères uniquement dans le domaine du commerce extérieur de biens. Cependant, à partir du début du XXe siècle, les investisseurs étrangers ont effectué un changement de secteur principal d'investissement. En effet, la finalité essentielle des investissements étrangers n'était plus l'exportation des marchandises, mais l'exportation des capitaux[76].

Ce changement de vision a été confirmé ultérieurement par la survenance du traité Maguan, aussi connu sous le nom de traité de Shimonoseki au Japon, signé à Shimonoseki le 14 avril 1895 entre l'Empire du Japon et la Dynastie Qing au lendemain de la Guerre sino-japonaise. Face à la pression du gouvernement japonais, la Chine a dû concéder d'autres avantages supplémentaires aux investisseurs japonais, notamment l'ouverture de nouveaux ports (Article 6, 1˚) et l'autorisation à établir des usines sur le territoire chinois (Article 6, 4˚). Ces avantages ont également été élargis aux autres vainqueurs des Guerres antérieures grâce aux clauses de la nation la plus favorisée insérées dans les traités précédemment conclus par la Chine et les États vainqueurs, le rêve des investisseurs ressortissants des États vainqueurs a enfin été réalisé.

40. Réforme du régime ancien et création d'un droit nouveau (1917-1949). Étant constitué uniquement de traités bilatéraux, ce régime des investissements étrangers était

[75] 呂鐵貞, *op. cit.*, p. 11
[76] 吳承明, *帝國主義在就中國的投資*, 人民出版社, 1955, p. 2.

extrêmement lacunaire et manquait de nombreux détails utiles pour constituer un droit directement applicable. L'échec de la Chine durant la Guerre sino-japonaise a encouragé le gouvernement nationaliste à réformer sa politique de commerce extérieur, et à le remplacer par un système qui soit composé de lois qui concernent toutes les branches du droit (droit commercial, droit du transport et droit minier par exemple)[77]. Il s'agissait de la phase de maturation du droit des investissements étrangers qui a duré jusqu'à la veille de la Première Guerre mondiale.

Dans le domaine des relations internationales, le gouvernement provisoire de Nanjing[78] (1er janvier 1912 - 8 mars 1912) a proclamé « *l'idéologie de la paix* » (和平主義, *Hépíng zhǔyì*), alors que le gouvernement de Beiyang (1913-1928) [79] et préférait la sauvegarde des relations diplomatiques (維持外交, *Wéichí wàijiāo*). Ce changement d'axiome a eu pour conséquence immédiate la réforme en profondeur du régime juridique des investissements étrangers surtout après le déclenchement de la Première Guerre mondiale, qui a conduit au changement des relations diplomatiques entre la Chine et les États occidentaux et à l'accroissement de l'importance de la Chine sur la scène internationale. Pour ce faire, le gouvernement a adopté une approche à deux volets : d'un côté, revoir les traités bilatéraux d'investissement antérieurement conclus et, de l'autre côté, renforcer la législation nationale sur les investissements étrangers.

Le gouvernement Qing a légué à son successeur un réseau de traités inégaux[80]. Pour abroger ce réseau complexe et améliorer son image sur le plan international, les gouvernements ultérieurs ont procédé à des travaux législatifs et politiques de grande envergure.

Le 14 août 1917, le gouvernent chinois a déclaré la guerre à l'Allemagne et, par la même occasion, a déclaré la suppression des traités bilatéraux d'investissement conclus précédemment avec l'Allemagne et l'Autriche[81]. Il s'agissait du premier traité inégal que le gouvernement chinois a abrogé, créant ainsi une fissure au fondement de l'ancien régime des investissements étrangers. Par la suite, le gouvernement de Beiyang a soumis une

[77] *ibid.*, p. 13
[78] Le gouvernement provisoire de Nanjing est le gouvernement établi durant la Révolution de Xinhai par les révolutionnaires en 1912. Ce gouvernement est dissout par la suite pour donner naissance au Gouvernement de Beiyang.
[79] Le gouvernement de Beiyang désigne de façon familière l'autorité centrale de la République de Chine entre 1913 et 1928. Elle vient du nom de l'Armée de Beiyang, fondée au temps de l'Empire mandchou des Qing et dont sont issus la plupart des chefs militaires qui dominent alternativement le pouvoir, de manière officielle ou officieuse. Voir https://fr.wikipedia.org/wiki/Gouvernement_de_Beiyang, consulté le 22 aout 2017.
[80] 王建朗, *中國廢除不平等條約的歷程*, 江西人民出版社, 2000, p. 13.
[81] 呂鐵貞, *op. cit.*, p. 14

demande de suppression des traités inégaux restants lors de la conférence de paix de Paris (1919) et de la conférence navale de Washington (12 novembre 1921 - 6 février 1922). Malgré le fait que ces demandes se sont avérées infructueuses, le gouvernement a tout de même réussi à établir une base pour l'abrogation ultérieure des traités inégaux. Par exemple, la déclaration d'abrogation du traité sino-japonais du 25 mai 1915, effectuée en mars 1923, était intimement liée aux efforts diplomatiques déployés lors de la conférence de Washington. Concernant la conclusion de nouveaux traités, la plus grande réussite du gouvernement de Beiyang était la signature du Traité de normalisation des relations sino-russes de mai 1924[82], qui était le premier traité égal que la Chine moderne ait signé. Avec l'établissement du gouvernement nationaliste en juillet 1925, les efforts du gouvernement dans le renouvellement des traités bilatéraux se sont considérablement accrus, permettant à la Chine d'obtenir des avancées incroyables et de regagner sa souveraineté.

Pour les traités qui sont arrivés à terme, la procédure de renouvellement était simplifiée et rapide. En 1928, de nouveaux traités bilatéraux ont été signés avec la Belgique, l'Espagne, l'Italie, le Portugal et le Danemark, après des négociations qui n'ont duré que quelques mois. Pour les traités conclus avec les grands Empires occidentaux, des négociations plus complexes et laborieuses ont d'abord été engagées, puis le gouvernement chinois a retiré progressivement tous les avantages qui étaient contraires au principe du respect de l'égalité souveraine, notamment la compétence juridictionnelle exclusive des consulats étrangers pour leurs ressortissants, la liberté commerciale dans les zones côtières et sur les rives intérieures, la souveraineté fiscale des États étrangers au sein du territoire chinois, etc.

Durant la même période, le gouvernement provisoire de Nanjing a voulu renforcer la place du droit au sein de la société chinoise. Le 2 janvier 1912, le gouvernement a annoncé dans la Déclaration des alliés (宣告各友邦書, *Xuāngào gè yǒubāng shū*) que « *lorsqu'il relève de la compétence de la République de Chine, la vie et la propriété des ressortissants chinois et étrangers sont respectées et protégées par le gouvernement* »[83]. Par ailleurs, le 11 mars 1912, le président provisoire a également déclaré que les lois adoptées sous la période Qing devaient être respectées, sauf si elles concernaient l'organisation étatique de la République de Chine[84].

---

[82] *Ibid.*

[83] 宣告各友邦書 (Déclaration des allies), disponible en chinois sur https://zh.wikisource.org/zh-hant/%E5%AE%A3%E5%91%8A%E5%90%84%E5%8F%8B%E9%82%A6%E6%9B%B8, traduction libre, consulté le 27 août 2017.

[84] 謝振明, *中華民國立法*, 中國政法大學出版社, 2000, p. 54.

Le problème était que le régime des investissements étrangers créé sous la période Qing ne portait pas sur l'organisation étatique de la République populaire de Chine, et il est ainsi resté en vigueur durant le règne du gouvernement provisoire. Ce régime était également appliqué par le gouvernement de Beiyang, mais ce dernier avait également pour dessein de renforcer la force du droit au sein de la société et d'amender le droit chinois afin de l'adapter aux changements incessants de l'époque. Ainsi, même si l'ancien système juridique des investissements étrangers s'est maintenu, le gouvernement a tout de même réalisé un renforcement de la qualité et de la quantité des règles de droit.

B. Un développement passif du régime des investissements étrangers

41. Construction du droit des investissements par étapes successives. Le développement du droit des investissements étrangers sous la période précommuniste reflétait les caractéristiques spécifiques de l'environnement de l'époque. Il n'était pas le résultat d'un développement économique paisible du pays car, derrière chaque avancée juridique, se trouvaient en réalité une défaite militaire et des vainqueurs qui réclamaient plus d'avantages pour leurs ressortissants investisseurs. C'est cette ingérence des empires occidentaux qui a motivé le développement du droit des investissements en Chine sous la période précommuniste et qui a objectivement rendu ce régime plus riche au fil du temps. Les influences des États vainqueurs étaient tellement ancrées dans le régime juridique des investissements que, même après l'abrogation des traités inégaux, le contenu du régime des investissements étrangers demeurait majoritairement inchangé.

42. De la passivité à la tentative de prise d'initiative du gouvernement. Avant la première Guerre de l'opium, le gouvernement chinois édictait librement ses lois et régulait le commerce extérieur de façon totalement souveraine, sans ingérence étrangère. Cette situation de souveraineté législative a cependant connu une régression à cause des défaites militaires de la Chine. En effet, les différents empires occidentaux qui sont sortis vainqueurs ont réussi à contraindre l'empire du Milieu à abroger son régime préalablement existant et à ajouter des dispositions nouvelles dans sa législation. L'initiative législative venait donc entièrement des empires occidentaux. Il s'agissait d'une ingérence législative totale face à laquelle le gouvernement Qing ne pouvait qu'accepter les changements juridiques proposés. Dans les cas rares où le gouvernement décidait de légiférer de son propre gré dans le domaine du droit économique étranger, il était nécessaire qu'un accord préalable des Empires

occidentaux soit obtenu pour rendre que ces lois effectivement en vigueur. La Chine restait totalement passive face à cette situation.

L'invasion de l'Alliance des huit nations[85] après la Guerre des Boxers (1899-1901) a poussé le gouvernement à modifier le système juridique chinois afin de regagner sa souveraineté et d'encourager le développement du commerce extérieur, mais cette tentative s'est finalement soldée par un échec. La Chine a attendu l'établissement du gouvernement nationaliste de la République de Chine en 1927 pour regagner sa souveraineté législative dans le domaine des investissements étrangers.

43. Un droit de plus en plus exhaustif et approfondi. Chaque défaite militaire a conduit inévitablement à un enrichissement du régime juridique chinois des investissements étrangers car, après chaque défaite survenait une multiplication de droits spéciaux concédés aux ressortissants des États vainqueurs et un élargissement du champ desdits droits spéciaux. La multiplication des droits spéciaux a principalement eu lieu avant la survenance de la Guerre sino-japonaise de 1894-95, par le biais de la conclusion de traités bilatéraux. Le champ d'application des droits spéciaux est ainsi élargi par l'usage et l'interprétation abusive des dispositions des traités existants, surtout après le traité de Maguan, dont la signature a mis fin à la Guerre sino-japonaise de 1894-1895.

III. Caractéristiques du droit des investissements étrangers sous la période précommuniste

44. Un droit excessivement avantageux pour les investisseurs étrangers. Comparé au système de Cohong, le régime des investissements étrangers adopté après les Guerres de l'opium a subi des changements drastiques. En effet, les avantages des investisseurs étrangers se sont multipliés et les restrictions étaient de moins en moins nombreuses. Ce nouveau régime des investissements étrangers fournissait un environnement juridique excessivement bénéfique pour les investisseurs étrangers (A). Cependant, pour des raisons liées à la faiblesse économique et politique de la Chine (C), ce régime juridique n'était pas appliqué de façon efficace par les autorités compétentes (B). Ces caractéristiques du droit

[85] Autriche-Hongrie, France, Allemagne, Italie, Japon, Russie, Royaume-Uni et États-Unis.

des investissements avaient non seulement profondément influencé la société chinoise, mais ont également marqué l'esprit des gouvernants communistes contemporains.

A. Octroi de multiples avantages aux investisseurs étrangers

45. Un commerce sans entrave. La signature successive des traités de paix après les Guerres de l'opium a ouvert la porte aux États vainqueurs dans leur recherche d'avantages spéciaux pour leurs ressortissants qui commerçaient en Chine. Les avantages principaux portaient sur la liberté du moyen de commerce, l'élargissement du territoire de commerce et l'absence de prohibition quant aux produits commercialisables, y compris de produits considérés comme illicites dans les pays d'origine, tels que l'opium.

Avant la fin de la première Guerre de l'opium, les activités commerciales ne pouvaient se faire qu'entre marchands et étaient fortement limitées et entravées par le système du Cohong. Ainsi, l'abrogation de l'ancien système mis en place au début de la Guerre de l'opium a été un élément principal du traité de Nanjing, signé avec l'Empire britannique. Son article 5 disposait ainsi que « *l'empereur de Chine accepte d'abolir cette pratique (le système de Cohong) dans tous les ports où les commerçants britanniques souhaitent résider, et leur permet de poursuivre leurs transactions mercantiles avec les personnes qu'ils souhaitent […]* »[86]. A partir de la signature du traité de Nanjing, d'autres États occidentaux (les États-Unis, la France, la Suède et la Norvège) ont inséré des dispositions similaires[87] ou une clause de la nation la plus favorisée dans leur traité de paix conclu avec la Chine, élargissant ainsi la suppression du système de Cohong à tous les investisseurs étrangers ayant une activité commerciale en Chine.

Conformément à la liberté de commerce prévue par les traités de paix, les investisseurs étrangers jouissaient d'une liberté totale dans leur activité commerciale, et nul ne pouvait leur imposer des contraintes[88]. Cette liberté totale portait d'abord sur le choix du mode de transaction. En effet, alors que le paiement par somme d'argent était auparavant prohibé pour empêcher toute sortie de devises, désormais le troc, le paiement par somme d'argent ou par lettre de change étaient admis pour le commerce en Chine. Cette prohibition portant sur

[86] Traité de Nanjing du 1e janvier 1842, disponible en anglais sur http://china.usc.edu/treaty-nanjing-nanking-1842, consulté le 7 octobre 2017.
[87] 王鐵崖, *中外舊約章匯編*, vol. 1, 三聯書店, 1957, pp. 58 et suivants.
[88] Cependant, en raison du manque de connaissance de la langue chinoise, de la pratique des affaires et des devises diverses, les investisseurs étrangers recouraient souvent aux service d'un mandataire local, mais ce dernier agissait uniquement en conformité avec les dispositions du contrat de mandat.

le moyen de paiement n'a pas été expressément abrogée après la Guerre de l'opium, mais elle n'était simplement plus appliquée par les autorités car, ces dernières considéraient que ces modes de transactions étaient implicitement admises par le gouvernement. Cette liberté de transaction a également été maintenue avec l'arrivée au pouvoir du gouvernement nationaliste de la République de Chine.

46. Élargissement des zones de commerce. Les traités de paix conclus entre le gouvernement Qing et les États vainqueurs après la première Guerre de l'opium ont ouvert de nouvelles zones de commerce étranger pour que les marchands étrangers ne soient plus limités à la ville de Canton. Et depuis 1858, les marchands étrangers pouvaient non seulement exercer leurs activités commerciales dans les zones côtières, mais également sur le fleuve de Yangzi et dans le territoire intérieur. En 1917, un total de 92 villes côtières étaient ouvertes aux activités commerciales des marchands étrangers[89], parmi elles, 74 étaient des ports de traité (條約口岸, *Tiáoyuē kǒu'àn*)[90], c'est-à-dire des ports commerciaux qui ont été ouverts aux marchands étrangers par le biais des traités signés après la première Guerre de l'opium, sous l'impulsion des pays vainqueurs.

Contrairement aux ports commerciaux qui ont été ouverts à l'initiative du gouvernement Qing (自開口岸, *Zì kāi kǒu'àn*), et[91] qui permettaient automatiquement aux marchands étrangers de commercer, les ports de traités nécessitaient une démarche supplémentaire. En effet, pour qu'un marchand étranger puisse exercer des activités commerciales dans un port de traité, il faut en plus qu'un consulat du pays d'origine soit préalablement établi dans ledit port car, c'est à lui que revenait la mission de réglementer des activités commerciales de ses ressortissants[92]. En fait, il était rare que les États étrangers établissent un consulat par port de traité car, ils n'avaient parfois pas assez de ressortissants pour que l'établissement d'un consulat soit utile. Dans de tels cas, l'État étranger, n'ayant pas assez de ressortissants dans un port litigieux, avait la possibilité de confier la mission de réglementation des activités commerciales ses ressortissants à un Consulat d'un autre État étranger qui s'est déjà installé au sein du port.

---

[89] 鄭友揆, *中國的對外貿易和工業發展*, 上海社會科學院出版社, 1984, p. 10.

[90] 李育民, *近代中國的條約制度*, 湖南師範大學出版社, 1995, pp. 70-71.

[91] Des ports qui sont autorisés au commerce extérieur volontairement par le gouvernement Qing. Dans ces ports, l'établissement d'un consulat n'était pas nécessaire pour qu'un investisseur étranger exerce une activité commerciale car, le gouvernement chinois était autonome dans la gestion des ports, et dans la levée des impôts. Chaque investisseur étranger devait respecter les règles adoptées par le gouvernement Qing, peu importent son État d'origine.

[92] 呂鐵貞, *op. cit.*, p. 20

Le commerce des marchands étrangers pouvait aussi avoir lieu à l'intérieur du territoire chinois en réalisant des activités de commerce intérieur (内地貿易, *Nèidì màoyì*). Initialement, le gouvernement Qing ne permettait le commerce intérieur qu'aux ressortissants chinois. Cette interdiction a perduré malgré la défaite de la Chine durant la première Guerre de l'opium. En effet, l'article 10 du traité de Nanjing de 1842 a énoncé que « *l'empereur de la Chine s'engage également que, lorsqu'un marchand britannique s'est acquité de la douane et des taxes […], ses marchandises ne puissent être transportées par la suite que par les marchands chinois, à une province ou ville à l'intérieur de l'Empire de Chine* »[93]. Le traité du Bogue de 1843, conclu entre la Chine et l'Empire britannique, a énoncé également à son article 6 qu'il « e*st convenu que les commerçants britanniques […] résidants ou ayant accès aux cinq ports ne doivent pas entrer dans les zones environnantes au-delà de certaines distances déterminées conjointement par les autorités locales et le consul britannique […]* »[94]. Il a fallu attendre la fin de la seconde Guerre de l'opium (1856-1860), avec la signature du traité de Tianjin de 1858, pour que les marchands étrangers obtiennent un droit conditionnel de commercer à l'intérieur de l'Empire chinois[95], à l'exception de la ville de Pékin.

En raison de cet élargissement sans précédent des zones de commerce, un des soucis principaux du gouvernement nationaliste de la République de Chine était d'effectuer un retour en arrière, afin de cantonner à nouveau les activités des marchands étrangers aux zones côtières[96]. Cette nouvelle limitation géographique imposée par le gouvernement nationaliste constituait une réaction protectionniste face à l'élargissement considérable des zones de commerce accordées aux investisseurs étrangers sous la dynastie Qing.

47. Suppression de la prohibition à la liberté du commerce. Le nombre de produits commercialisables par les marchands étrangers était considérable. Le premier texte qui portait sur la commercialisation des produits est le traité de Wanghia de 1844, signé entre la Chine et les États-Unis. Selon son article 5 « *dans chacun de ces cinq ports, les*

[93] Traité de Nanjing, *op. cit.*

[94] Traité de Bogue, disponible en anglais sur https://en.wikisource.org/wiki/Treaty_of_the_Bogue, traduction libre, consulté le 8 mars 2017.

[95] L'article 9 du traité de Tianjin dispose que "*les ressortissants britanniques sont autorisés à voyager, pour leur plaisir ou à des fins commerciales, dans toutes les parties de l'intérieur de la Chine, avec un passeport délivré par leurs consuls et signé par les autorités locales* ». Disponible sur https://en.wikisource.org/wiki/Treaty_of_Tien-Tsin_between_the_Queen_of_Great_Britain_and_the_Emperor_of_China, traduction libre, consulté le 8 mars 2017.

[96] 呂鐵貞, *op. cit.*, p. 19.

ressortissants des États-Unis qui sont légalement engagés dans le commerce en Chine, sont autorisés à importer à partir de leurs propres ports ou d'autres ports chinois, et de vendre ou acheter toute sorte de marchandises, puis de les exporter depuis leurs propres ports ou tout autre port chinois, à condition que l'importation et l'exportation de ces marchandises ne soient pas interdites par le présent traité […] »[97]. Avec la succession des échecs militaires de la Chine, certaines de ces interdictions ont été assouplies sous la pression des États vainqueurs. Concernant les marchandises qui pouvaient légalement être commercialisées, il suffisait que les marchands étrangers paient les taxes qui leur étaient imposées pour que leurs activités commerciales soient dépourvues de toute contrainte de la part des fonctionnaires du gouvernement. Même la commercialisation de l'opium, le bouc émissaire des deux Guerres de l'opium, a été progressivement légalisée (ou de moins en moins interdite) pour finalement devenir une marchandise comme une autre.

B. Absence d'efficacité du système juridique des investissements étrangers

48. Une application quasi inexistante des lois et des traités. Afin de réguler les activités des marchands étrangers conformément aux traités bilatéraux, les lois nationales et les traités bilatéraux ont prévu des obligations qui incombaient à chacune des parties. Cependant, en raison du système juridique incomplet et de la faiblesse du gouvernement chinois, les interdictions et les contraintes n'avaient pas d'effet réel dans le commerce international.
Le traité du Bogue, conclu entre la Chine et le Royaume-Uni en octobre 1843, énonçait à son article 4 que « *les marchands britanniques peuvent uniquement exercer leurs activités commerciales dans les cinq ports préalablement ouverts au commerce international*[98]*. Les navires commerciaux britanniques ne peuvent être réparés que dans ces cinq ports, et les ressortissants chinois ne sont pas autorisés à commercer avec eux […]. En cas de violation des dispositions du présent traité par les marchands britanniques, les fonctionnaires du gouvernement chinois peuvent saisir ou confisquer leurs navires et cargaisons* »[99]. Le traité de Wanghia conclu entre la Chine et les États-Unis en 1844, et le traité signé entre la Norvège, la Suède et la Chine en 1847 contenaient également une clause similaire que celle du traité du Bogue mentionné ci-dessus.

[97] Traité de Wanghia, disponible en anglais sur https://en.wikisource.org/wiki/Treaty_of_Wanghia, traduction libre, disponible sur 13 avril 2017.
[98] Il s'agit des ports de Canton, Fuchow, Amoy, Ningpo et Shanghai.
[99] Traité de Bogue, *op. cit.*

Malgré la présence des cette clause dans des traités signés par la Chine, les activités commerciales des marchands étrangers n'ont jamais été limitées territorialement à ces cinq ports. En effet, nous pouvons constater des traces d'activités commerciales étrangères non seulement tout au long des territoires côtiers, mais également dans les îles et les villes intérieures, depuis le début de l'arrivée des marchands étrangers en Chine. Les clauses limitant territorialement les activités commerciales des marchands étrangers n'avaient donc pas une grande force dissuasive dans la pratique. Comment les violations des dispositions nationales et internationales étaient-elles punies par le gouvernement chinois ? Cette absence de restriction concrète au commerce des étrangers peut être illustrée par l'affaire du navire britannique *Pearl*. Vers la fin de 1862, le navire britannique *Pearl* a reçu des marchandises prohibées à Quanzhou, un port interdit au commerce international. Ce navire avait pour but de transporter ces marchandises à Fuzhou, un autre port interdit au commerce international. Avec le soutien des fonctionnaires locaux, le service de la douane voulait initialement appliquer l'article 47 du Traité de Tianjin de 1858, qui énonçait que « *les navires commerciaux britanniques ne sont autorisés à accéder qu'aux ports commerciaux déclarés ouverts au commerce international par le présent Traité. Ils ne doivent ni entrer illégalement dans d'autres ports ni faire des échanges clandestins le long des zones côtières. Tout navire qui enfreindrait cette disposition doit, avec ses cargaisons, être confisqué par le gouvernement chinois* ». Ainsi, la confiscation des navires n'ayant pas respecté les termes du traité était en principe inévitable. Cependant, le consul britannique et le contrôleur hong kongais s'étaient opposés à la décision des fonctionnaires de la douane car, ils estimaient que le commerçant britannique n'avait pas réellement commercé dans le port interdit au commerce international. Par conséquent, la confiscation et la saisie des cargaisons étaient, de leur point de vue, des mesures administratives illégales. Cet argument a reçu le soutien du gouvernement britannique qui avait fait pression sur l'administration chinoise pour ne pas exécuter la décision de sanction, ce qui a rendu la législation obsolète[100].

Après la signature du traité de Tianjin, les marchands étrangers pouvaient commercer à l'intérieur de la Chine, à condition d'obtenir préalablement une autorisation de l'administration chinoise. La prohibition subsistait uniquement pour l'établissement de magasins par les étrangers, mais la restriction n'avait pas eu non plus d'application effective. De même, vers la fin de la période Qing, Pékin était une ville interdite au commerce

[100] *Ibid.*

international. Cependant, dans la pratique, les marchands de différents pays avaient des activités commerciales au sein de la cité interdite[101]. Ce manque d'efficacité des interdictions était tel que des marchands étrangers avaient même ouvert des boutiques d'armes dans la ville de Pékin, violant ainsi deux prohibitions de façon simultanée : celle d'établir des magasins à Pékin, et celle de vendre des armes en Chine[102].

C. Raisons du refus d'application des lois et traités par les ressortissants étrangers.

49. Défaillance du système juridique chinois. Ce nombre élevé de violations des dispositions législatives nationales et des traités par les marchands étrangers peut être expliqué par plusieurs facteurs.

D'abord, les sanctions issues des traités bilatéraux n'étaient souvent pas assez strictes pour dissuader les marchands étrangers de violer les dispositions desdits traités. Par exemple, concernant l'évasion fiscale, l'amende liée à la production de fausses factures et au défaut de déclaration ne pouvait pas dépasser 500 yuans, et celle issue d'une erreur de déclaration ne pouvait pas être supérieure à 100 yuans[103]. Le montant de ces amendes était en effet tellement modique comparé aux bénéfices éventuels réalisés par les marchands étrangers que la violation des dispositions conventionnelles ne constituait qu'un simple moyen d'assurer des bénéfices plus intéressants.

De plus, le système de *ristourne*[104] avait créé de nouvelles opportunités pour l'évasion fiscale des marchands étrangers. En effet, avec le système de ristourne, les marchands étrangers pouvaient déclarer que les marchandises importées de l'étranger étaient destinées à être exportées, puis se rendre à un autre port chinois pour vendre lesdites marchandises après l'obtention du certificat de ristourne. Ils pouvaient également mettre les marchandises locales à exporter dans des contenants spécifiques pour les marchandises importées de l'étranger afin d'obtenir un autre certificat de ristourne. Ainsi, les marchands étranger n'étaient en pratique pas imposés sur les marchandises importées destinées à être vendues

[101] 呂鐵貞, *op. cit.*., p. 65.
[102] *ibid.*
[103] *ibid.*, p. 66.
[104] Il s'agit système fondé sur le remboursement du tarif douanier aux importateurs. Si les marchandises importées sont ensuite exportées vers un autre pays, ou utilisées pour produire des biens qui seront exportes, les marchands pourront demander un remboursement du tarif douanier acquitté lors de l'importation. Ce système de ristourne évite à l'État de pénaliser les importateurs qui n'ont pas l'intention de concurrencer les marchés locaux. Définition en anglais du Investorwords, disponible sur http://www.investorwords.com/18107/drawback_system.html, consulté le 22 août 2017.

en Chine, et n'étaient pas non plus redevables de la taxe d'exportation pour des marchandises nationales destinées à l'exportation[105].

Enfin, cette situation de fraude fiscale était accentué par le fait que le consult étranger était celui qui détenait la charge de la preuve de l'absence de déclaration de marchandises importées ou de déclaration erronée des marchandises. Cependant, les déclarations n'étaient pas contrôlées *a posteriori* par le consul, de sorte qu'aucune fraude fiscale n'était sanctionnée par la douane. L'article 3 du Règlement général du commerce entre la Chine et le Royaume-Uni (中英五口通商章程：海關稅則, *Zhōng yīng wǔ kǒu tōngshāng zhāngchéng: Hǎiguān shuìzé*), publié le 22 juillet 1843 à Guanzhou, énonçait que « *le propriétaire du navire commercial britannique doit, avant le lendemain son arrivée au port, se rendre au consulat britannique et déclarer la licence du navire et l'inventaire des marchandises aux fins de contrôle de conformité de la déclaration effectuée. La non-conformité de la déclaration avec la situation réelle fait encourir au marchand britannique d'une amende de 200 yuans. Une fausse déclaration est sanctionnée par une amende de 500 yuans. En cas de déchargement des marchandises avant le contrôle du consul britannique, le propriétaire encourt une amende de 500 yuans […]. Les déclarations seront ensuite envoyées par le consul britannique à la douane chinoise […] pour le calcul de la taxe* »[106]. Du fait de cette carence des consuls, il était donc très difficile pour les fonctionnaires chinois de sanctionner l'évasion fiscale, car le consul était responsable de l'envoi de la déclaration. La douane chinoise n'avait ainsi pas la faculté d'effectuer de contrôle direct sur les marchandises importés par les marchands britanniques.

50. Protection poussée assurée par les consuls étrangers. L'évasion fiscale des marchands étrangers était intimement liée à la protection assurée par les consuls étrangers en Chine. En effet, un système de divulgation volontaire des commerçants avait été établi après l'entrée en vigueur du traité de Nanjing en 1843 qui a aboli le système du canton. Il s'agit du système selon lequel les commerçants étrangers déclaraient les marchandises importées et exportées auprès des autorités consulaires. Ce système déclaratif était censé rendre impossible la fraude fiscale. Cependant, en raison du manque de contrôle effectif de la part des consuls étrangers, ce système facilitait en réalité la fraude fiscale au profit des marchands étrangers. De surcroît, certains consuls étaient eux-mêmes des marchands et cette double casquette de juge et de

[105] 呂鐵貞, *op. cit.*., p. 66.

[106] Règlement général du commerce entre la Chine et le Royaume-Uni (中英五口通商章程：海關稅則), publié le 22 juillet 1843, disponible en chinois sur https://baike.baidu.com/item/%E4%BA%94%E5%8F%A3%E9%80%9A%E5%95%86%E7%AB%A0%E7%A8%8B, consulté le 22 aout 2017, traduction libre de l'auteur.

marchand empêchait le système déclaratif d'être réellement efficace. En effet, selon M. John K. Fairbank, le consulat américain fonctionnait uniquement dans l'intérêt de ses propres sujets américains, et le consul faisait lui-même de la contrebande. Il était donc ridicule de considérer que l'évasion fiscale et la contrebande étaient strictement contrôlées par le consulat américain[107].

La douane chinoise avait perdu toute autonomie administrative vers la fin de la période Qing, et ne détenait plus aucun pouvoir souverain de sanction les cas de contrebande et d'évasion fiscale[108]. Les autorités douanières ne pouvaient plus se saisir en cas d'évasion fiscale sans l'intervention du consul étranger responsable, et ce dernier tentait toujours d'assouplir ou de supprimer la sanction encourue. C'est par exemple le cas du navire britannique *Mary Ann Webby* qui, en décembre 1844, avait tenté d'exporter 320 *tams*[109] de riz, alors que le riz était interdit à l'exportation, et 274 cartons de thé vert sans déclaration préalable auprès du consul[110]. Selon l'article 12 du traité de Bogue, en cas de « *découverte d'une contrebande par le consul britannique, ce dernier doit en informer les autorités chinoises qui procéderont à la saisie et à la confiscation des biens faisant objets de la contrebande, peu importe la valeur et la nature desdits biens. Les autorités chinoises peuvent, si elles jugent opportun, interdire au navire litigieux de commercer dans le futur ou l'envoyer hors du territoire chinois une fois que l'amende a été acquittée* »[111]. Conformément à l'article, cité ci-dessus, en cas de contrebande, les autorités chinoises pouvaient donc saisir les biens du navire et lui interdire l'accès en Chine. Cependant, en raison de l'intervention agressive du consul britannique de l'époque, général Sir George Balfour (1890-1894), le propriétaire du navire britannique *Mary Anne Webby* n'avait reçu qu'une amende de 200 yuans[112]. Cette protection de la part des consuls étrangers était donc une des raisons principales de l'impunité des marchands étrangers qui réalisaient des opérations de contrebande ou d'évasions fiscales.

51. Corruption intensive des services douaniers. La dernière raison de l'inefficacité des dispositions des traités bilatéraux a été la forte corruption des agents de la douane chinoise. Dans le dessein d'éviter de payer la taxe d'importation ou d'exportation, les marchands

---

[107] Fairbank (J. K.), *Trade and Diplomacy on the China Coast, The Opening of the Treaty Ports, 1842-1854*, vol. 1, Harvard University Press, 1953, p. 381.

[108] 呂鐵貞, *op. cit.*, p. 66.

[109] Unité de masse utilisée en Chine qui équivaut au poids qu'un individu peut porter avec une palanche. L'unité de mesure du riz est de 20 *tam*, c'est-à-dire 1200 kg.

[110] 呂鐵貞, *op. cit.*, p. 68.

[111] Traduction libre, disponible sur https://en.wikisource.org/wiki/Treaty_of_the_Bogue, consulté le 22 aout 2017.

[112] Fairbank (J.K.), *Trade and Diplomacy on the China Coast, op. cit.* p. 360.

étrangers ont souvent eu recours à la corruption des agents de la douane afin d'obtenir certains allègements et abattements fiscaux. Selon le professeur Fairbank, il ne s'agissait pas d'une pratique obscure et inconnue du milieu du commerce étranger, mais d'usage connu et utilisé de tous les marchands étrangers en Chine[113].

IV. Enseignements du droit des investissements étrangers de la période précommuniste

52. Une période marquante dans la formation du droit positif des investissements directs étrangers. Malgré le fait que le premier régime juridique des investissements étrangers chinois ait été créé sous l'impulsion des forces militaires des empires occidentaux, il est indéniable que cette époque troublante constitue la clef de voûte de l'histoire du droit des investissements étrangers directs en Chine.

Comme nous l'avons précédemment étudié, avant la première Guerre de l'opium, la politique commerciale de la dynastie Qing reposait principalement sur l'industrie ancienne du textile, et le gouvernement adoptait un régime strict et contrôlé vis-à-vis des marchands étrangers. L'accent était mis sur la sauvegarde de la souveraineté politique au détriment du développement économique national. Cependant, la négligence de l'État à développer l'économie et les industries du pays avait rendu la Chine incapable de faire face à l'arrivée des États occidentaux capitalistes post-révolution industrielle. En effet, non seulement le flux des marchands étrangers a augmenté considérablement durant cette période grâce à la modernisation de leur système de transport, mais ils ont également utilisé des moyens coercitifs et militaires afin de forcer le gouvernement à abandonner sa souveraineté dans le domaine du commerce international, et à adopter un régime juridique des investissements qui soit avantageux pour les marchands étrangers, créant ainsi un droit des investissements étrangers « à la carte » au bénéfice des empires occidentaux.

C'est ce régime des investissements étranger qui a propulsé la Chine sur la scène économique internationale. Dans l'histoire de la Chine, l'ouverture des frontières dans les domaines culturels et économiques est ancienne, mais les échanges économiques et culturels entre la Chine et les pays étrangers n'étaient pas considérables. Il a fallu attendre

[113] 呂鐵貞, *op. cit.*, p. 68

l'intervention forcée des empires capitalistes occidentaux pour que la porte de la Chine s'ouvre réellement. Ainsi, depuis la dynastie Qing, et à l'exception de la période spéciale entre 1958 et 1978, c'est-à-dire les années suivant l'accession de Mao Zedong au pouvoir, jusqu'au début de la prise du pouvoir par Deng Xiaoping, les liens économiques entre la Chine et la scène internationale n'ont cessé de s'intensifier. Certes, la Chine a appris de nombreuses leçons grâce à ses échecs antérieurs, notamment l'importance de la recherche des intérêts économiques mutuels dans l'établissement de relations économiques entre différents États et la sauvegarde de la souveraineté étatique dans toute situation avec un État étranger. En effet, les exemples du passé ont démontré la nécessité d'établir un régime des investissements étrangers plus respectueux de la culture chinoise (A), dirigé par un pouvoir étatique souverain et absolu afin d'éviter toute ingérence éventuelle et d'avoir un pays fort non seulement sur le plan militaire, mais également sur le plan économique (B).

A. Insuffisance de la transplantation pure et simple d'un droit étranger en Chine

53. Un régime d'inspiration étrangère. C'est durant la période contemporaine précommuniste que le régime juridique des investissements étrangers a vu son premier fondement juridique moderne. La majorité des législations chinoises adoptées durant cette même période se sont inspirées de ce régime des investissements étrangers, il est donc indéniable que la création forcée du droit des investissements étrangers ait été un élément déclencheur du développement du système juridique de la Chine. Le problème est que, malgré ce développement rapide du système juridique, ces règles de droit n'étaient souvent pas correctement appliquées dans la pratique, rendant ainsi le droit chinois totalement incongru face à l'environnement économique et social de l'époque.

54. Une transplantation inadaptée à la culture de la Chine. La transplantation pure et simple des règles en droit des investissements étrangers qui sont issues des traités bilatéraux conclus par la Chine avec les États occidentaux n'était pas adaptée aux nécessités économiques de la Chine, et n'avait pas non plus pour finalité le développement de l'économie chinoise à long terme. Cette transplantation d'un système juridique constitue, certes, un raccourci dans la procédure de développement du droit d'un pays mais, un tel raccourci n'est pas forcément le chemin le plus pérenne ni le chemin le plus efficace pour faire évoluer un système juridique car, il oblige le législateur à accomplir un travail d'adaptation *a posteriori* des règles de droit étranger à la culture juridique d'un État.

Outre l'accent mis sur la tradition chinoise, il appartient aussi à la société chinoise de respecter droit, tout comme il est essentiel que le droit respecte les spécificités du pays et s'adapte aux changements de la société concernée. Cependant, ces deux conditions ne peuvent être remplies uniquement si le droit et la société partagent une tradition commune. Ainsi, l'implantation efficace du droit étranger était l'une des questions principales du travail législatif du gouvernement chinois contemporain, d'où la recherche insistante et constante d'un système juridique « *à la chinoise* » dans toutes les branches du droit.

B. Protection nécessaire des intérêts nationaux

55. Sauvegarde de la souveraineté économique. Grâce aux enseignements liés à la perte de la souveraineté étatique postérieurement aux défaites militaires de la Chine, la préoccupation principale du gouvernement chinois porte sur l'utilisation raisonnable et intelligente des capitaux étrangers. En effet, les gouvernements ultérieurs cherchaient à développer l'économie nationale sans pour autant mettre en danger sa souveraineté étatique, ce qui explique son attitude prudente et méfiante vis-à-vis des puissances occidentales. Ainsi, il est devenu plus difficile pour les États occidentaux et les investisseurs étrangers de profiter de la faiblesse économique et politique de la Chine, même si ce risque subsiste toujours dans l'esprit des dirigeants politiques chinois. Dans le but de satisfaire cette préoccupation majeure, le gouvernement tente notamment de renforcer la force de la loi et d'inculquer la notion d'État de droit socialiste dans l'esprit du peuple chinois, tout en améliorant le système de contrôle d'exécution de la loi.

56. Développement économique. Les capitaux étrangers constituent un élément essentiel du développement économique d'un État, peu important le niveau économique de l'État en cause. Cependant, selon l'utilisation des capitaux étrangers, le développement économique du pays peut considérablement varier : un usage intelligent des capitaux étrangers donne lieu à un accroissement du niveau économique d'un État, alors qu'un usage inefficace des capitaux étrangers peut engendrer, au contraire, un recul de l'économie nationale et une perte de souveraineté économique. Le régime des investissements étrangers moderne pré maoïste illustre la seconde hypothèse citée ci-dessus.

Ainsi, un État ne doit pas uniquement compter sur les capitaux étrangers pour résoudre ses problèmes économiques, encore faut-il que ces capitaux soient utilisés efficacement par le

pays, et qu'à long terme, le pays devienne économiquement autonome et internationalement indépendant. Cet argument est souvent avancé par le Parti communiste pour justifier son omniprésence et sa mainmise constante dans le domaine des investissements directs étrangers.

SECTION 2. RENAISSANCE DU DROIT DES INVESTISSEMENTS ETRANGERS SOUS LE COMMUNISME

57. Un développement juridique en deux phases distinctes. L'histoire du droit des investissements directs étrangers de la Chine communiste peut être divisée en deux périodes distinctes qui sont séparées par un événement précis : la politique de réforme et d'ouverture (改革開放, *Gǎigé kāifàng*) en 1978. En effet, antérieuremement à la politique de réforme et d'ouverture, la Chine avait une politique d'économie planifiée qui était contraire au principe de l'État de droit (I). Avec à la politique de réforme et d'ouverture, la Chine a pu attirer des investissements étrangers afin de développer son économie nationale (II).

I. Contradictions entre l'État de droit et l'économie planifiée

58. Politique initiale de l'économie planifiée. De nombreux auteurs soutiennent que l'économie chinoise était principalement agrarienne avant 1949, au lendemain de la Guerre civile chinoise et de la prise de pouvoir par le Parti communiste chinois[114]. Afin de renforcer la capacité de l'État à mobiliser et à organiser les ressources, le Parti communiste a introduit une transformation sociale et économique dans les zones rurales et urbaines, et a, par conséquent, implanté le fondement de ce que l'on appellera plus tard une économie planificatrice[115]. Cette économie planificatrice a commencé à s'appliquer avec vigueur au début des années 1950, puis a connu une série de difficultés vers la fin des années 1950 et le début des années 1960, et a commencé à se transformer en une économie de marché socialiste à partir de 1978.

[114] Voir Perkins (D. H.), *China's Modern Economy in Historical Perspective*, 1975, Stanford University Press, p. 117 ; Riskin (C.), *China's Political Economy: The Quest for development since 1949*, Oxford University Press, 1987, p. 17 ; Wong (J.), *Understanding China's Socialist Market Economy*, Times Academic Press, Singapore, 1993, p. 12.

[115] Wang (Z.), *Understanding transition in China: Domestic tensions, institutionl adjustment and international forces*, Department of International political Economy, SIS, Peking University, China, disponible sur https://www.princeton.edu/~pcglobal/conferences/beijing08/papers/Wang.pdf, consulté le 9 janvier 2017.

59. Une politique d'inspiration soviétique. À la naissance de la République populaire de Chine, le gouvernement chinois a préféré s'inspirer du système soviétique et a mis en avant la nécessité de développer les industries lourdes avec la ratification du premier plan quinquennal, car « *l'industrialisation de l'idéologie socialiste est la mission principale de notre pays durant cette période transitoire, et la clef de voûte de cette industrialisation du socialisme doit passer par le développement des industries lourdes* »[116]. Cette politique économique dont le but est le développement des industries lourdes s'est concrétisée par l'établissement d'une politique de planification des ressources et des moyens. Pour ce faire le gouvernement a choisi de nationaliser les entreprises industrielles et commerciales, de battant en brèche toutes les libertés et autonomies des acteurs économiques privés[117] et de supprimer toute possibilité d'établir une économie de marché. Il s'agissait de l'introduction de la politique d'économie planifiée en Chine.

Avec cette concentration de pouvoirs dans le domaine de l'économie, la Chine a réussi à réunir les ressources nécessaires pour l'industrialisation nationale, créant une production socialiste qui se caractérisait par une surspécialisation des industries et un champ exhaustif de secteurs industriels. Cette industrialisation a entraîné un changement au sein du marché économique national, et a créé un système juridique qui se caractérisait par un contrôle poussé et centralisé du pouvoir public sur le marché économique national.

60. Éléments principaux de la politique d'économie planifiée. L'élément principal de la politique d'économie planifiée résidait dans la création d'organes étatiques qui ont permis au Parti communiste chinois d'exercer un contrôle poussé sur l'économie nationale. Durant les années 1950, la réhabilitation et le développement de l'économie nationale étaient les deux missions principales du gouvernement, conformément à l'objectif de « *trois ans de réhabilitation, et dix ans de développement* »[118].

Après trois ans de réhabilitation de l'économie nationale et de centralisation du pouvoir étatique (1949-1952), le développement planifié est venu au premier plan du programme politique du Parti communiste chinois. Dans le but de satisfaire les besoins pour le développement économique, des mesures politiques ont été adoptées par le gouvernement, tel que la création de la Commission étatique de planification (中央人民政府國家計劃委員會, *Zhōngyāng rénmín zhèngfǔ guójiā jìhuà wěiyuánhuì,* ex-Commission nationale de

[116] Document de la première assemblée du Congres national du peuple, seconde session, 人民出版社, 1955, pp. 160-161.
[117] 林毅夫, "中國的奇蹟：發展站略與經濟改革", 上海三聯書店, 1995, p. 46.
[118] Wang (Z.), *op. cit.*, p. 3.

développement et de la réforme) en 1952, qui avait pour objectif d'élaborer des plans de planification économique à long terme. Vers la fin de 1957, l'économie chinoise est devenue fortement centralisée, assurant ainsi la mainmise constante du Parti communiste chinois sur la vie politique et économique du pays.

Le second élément de la politique planificatrice est l'application de programmes de réforme agraire dans les zones rurales et de réforme d'industrialisation dans les zones urbaines. Pour les zones rurales, la réforme consistait en l'application du slogan « *libérer les forces productives rurales, développer la production agricole et paver le chemin pour l'industrialisation de la nouvelle Chine* »[119]. Comparée aux réformes des zones rurales, l'industrialisation des zones urbaines était plus compliquée à réaliser. En imitant le système soviétique, et avec l'aide de l'Union soviétique, la Chine a publié son premier plan quinquennal qui a été appliqué pendant années 1953-1957. Selon ce premier plan, la priorité était donnée au développement de l'industrie de fabrication intensive en capital.

La politique d'économie planifiée a permis au gouvernement communiste d'adopter des mesures portant sur le taux de production et la répartition des moyens de production afin d'atteindre un but précis d'intérêt public. D'abord, une telle politique nécessitait non seulement la publication préalable d'un plan économique à long terme par le gouvernement central, mais elle exigeait également l'exercice d'un pouvoir fortement concentré à court terme, ce qui explique la difficulté du droit à occuper une place importante au sein de cet environnement durant cette période. De plus, la mise en œuvre de cette politique d'économie planifiée a entraîné la création d'un gouvernement centralisé et d'un pouvoir exécutif fort, et d'une structure politique et sociale dans laquelle le respect absolu des mesures politiques était indispensable. Ainsi, avec l'économie planifiée et en raison de l'incapacité des mesures législatives de satisfaire les besoins de la société, le droit est remplacé par les mesures politiques. Le droit existait uniquement pour être au service de la politique gouvernementale, et les instructions du gouvernement central avaient force de loi quant à la planification économique, laissant temporairement de côté le développement du système juridique chinois.

61. Supériorité des mesures politiques. De la recherche d'une distribution propice des ressources au sein d'une économie planifiée est née la politique selon laquelle « *la planification est la loi* »[120]. Les instructions politiques avaient force de loi et devaient par conséquent être suivies par les ministères, localités et entités de droit privé. Afin d'assurer

[119] Riskin (C.), *China's Political Economy: The Quest for development since 1949*, Oxford University Press, 1987, p. 48.
[120] 王文杰, p. 97.

l'unité des instructions planificatrices, l'administration a instauré une organisation bureaucratique permettant aux autorités de différents niveaux de contrôler le respect des instructions politiques. Le marché, considéré comme un élément inconnu de l'idéologie socialiste, devrait être soit éradiqué, soit encadré par le gouvernement central. Historiquement, chaque structure sociale est en réalité fondée sur un moyen de production particulier, c'est ainsi la même logique que l'organisation de l'État chinois sous la politique d'économie planifiée.

62. Critique de négation étatique de la place du marché. La recherche de la nationalisation des moyens de production a occupé une place principale durant la mise en œuvre de la politique d'économie planifiée, et cette politique économique avait pour but d'ignorer un facteur essentiel existant au sein de toutes les sociétés contemporaines : celui de la concurrence du marché. Cette ingérence de l'État au sein du marché a inévitablement conduit à des effets néfastes, ce qui est également démontré par l'expérience chinoise[121]. En effet, cette politique économique a été appliquée par le biais de mesures politiques dans le but de réaliser un but précis déterminé par le gouvernement. L'ingérence de l'État se situait donc à tous les échelons de la vie sociale, créant non seulement l'impression d'un soutien unanime dans la société, mais empiétant également sur les libertés fondamentales de chaque citoyen d'exprimer ses opinions personnelles sur la politique économique du gouvernement central.

63. Absolutisme étatique. En Chine, le fonctionnement de la politique d'économie planifiée était certes une imitation du cadre soviétique, mais il était aussi en corrélation avec la politique de fermeture issue de la tradition chinoise. En effet, cette structure politique concrétisait aussi bien le pouvoir absolu de l'État et du gouvernement que la répartition des pouvoirs étatiques, créant ainsi une structure politique et sociale dans laquelle l'État chinois semblait exercer un pouvoir absolu aussi au plan national qu'à international. Au sein de cette structure, les individus n'avaient pas à remettre en cause la légitimité de ladite structure[122] car, la politique planifiée la validait automatiquement.

Ce constat démontre un éloignement et une séparation de l'idéologie chinoise portant sur la politique planifiée des idéologies des États démocratiques développés, centrées sur le principe de l'État de droit.

Commenté [HJ1]: Ugo mattei à citer

[121] Genov (N.), "The transition to Democracy in Eastern Europe: Trends and paradoxes of social rationalization, 43. International social science Journal, 333, 1991.

[122] 蔡英文, "正制權力及期正當性與河法性", *當代*, vol. 124, decembre 1997, p. 43.

Le politique planificateur se concentrait sur l'organisation de la structure sociale par le gouvernement central. Cette emprise de l'État est énoncée par le Règlement portant sur la planification du travail (計劃工作條例, *Jìhuà gōngzuò tiáolì*), adopté par le Conseil des affaires de l'État en 1963 : « *Les objectifs du plan économique national doivent refléter pleinement les principales activités de l'économie nationale. Ils devraient inclure des mesures portant sur la production, le flux, la répartition, la consommation, l'épargne, et toute autre procédure de production de la société, dans tous les domaines touchant l'économie nationale, notamment l'agriculture, l'industrie, la construction, le transport, le commerce, la culture et l'enseignement. Ces objectifs doivent porter sur des indices de production, la quantité des produits* »[123]. Le champ d'application de l'économie planifiée était illimité, car le gouvernement constituait l'organe décisionnel de cette politique. Ainsi l'économie planifiée de la Chine était une économie dans laquelle l'État remplaçait le rôle du marché et y assurait une emprise absolue.

64. Caractéristique de l'économie planifiée. Cette forme d'économie, associée à un remplacement total du rôle du marché par le pouvoir de l'État, constituait une situation extrême de concentration des pouvoirs. Cette situation révélait plusieurs caractéristiques spécifiques : la première porte sur la dépendance de l'économie à la politique, la facilité pour cette dernière d'influencer l'économie, et un risque politique extrêmement élevé. Le gouvernement était la concrétisation de l'économie planifiée. Ainsi, tout changement politique entraînait systématiquement une transformation de l'économie. En raison de cette caractéristique, l'économie de la Chine a subi de grands dégâts du fait du nombre de mouvements politiques qui se sont succédé durant la période d'économie planifiée.

La seconde caractéristique est la politisation des activités économiques. La répartition des ressources de la société était entièrement décidée par le gouvernement qui déterminait quelles activités économiques devaient être encouragées pour attendre un objectif politique. Il s'agit d'une caractéristique qui a des effets nocifs non seulement sur la démocratie, mais également sur l'État de droit[124] car, elle a pour conséquence finale de supprimer la loi de la scène nationale.

Enfin, la dernière caractéristique est la passivité des entrepreneurs et des entreprises. Le mot d'ordre de l'économie planifiée était l'obéissance absolue vis-à-vis des mesures politiques, épuisant ainsi la vitalité de la structure économique. Les acteurs économiques privés n'étaient pas des entités à part entière, mais étaient considérés comme des émanations

[123] *ibid.,* p. 99.
[124] *Ibid.*

étatiques ou des organes administratifs qui devaient réaliser les objectifs politiques édictés au préalable par le gouvernement central.

65. Conséquences de la politique d'économie planifiée. Le résultat d'une telle politique d'économie planifiée est l'avènement d'une société fortement unifiée et dépourvue de diversité. 1953 est l'année où la politique d'économie planifiée a été mise en œuvre. Initialement, cette politique a été conçue comme une structure fortement centralisée, dirigée par un organe unique — le gouvernement chinois. La concentration du pouvoir résidait non seulement dans sa structure, mais également dans la répartition des fonctions. En effet, l'importance était portée sur l'unicité au détriment de la diversité, les organisations de nature économique ou sociale n'avaient qu'un seul interlocuteur au niveau administratif, ce qui effaçait toute possibilité de créer une diversité et une multiplicité au sein de la société. La concentration du pouvoir du gouvernement était non seulement verticale, mais également horizontale. En effet, l'État intervenait non seulement à tous les niveaux de la société, créant une hiérarchie à ligne unique, mais également dans tous les pans de la société, éliminant la totalité des organisations ou structures non gouvernementales susceptibles d'exister[125]. Durant cette phase de l'histoire, la Chine a traversé une « transformation socialiste » (社會主義改造, *Shèhuì zhǔyì gǎizào*), dont la caractéristique principale était l'emprise pleine et entière du gouvernement central sur la société, établissant une société unifiée et contrôlée directement par l'État : le gouvernement étaitevanait la seule autorité existante et la vie quotidienne des citoyens devait se conformer aux mesures adoptées par l'État.

66. Raison d'être du Gouvernement d'un seul. Afin de comprendre la tradition chinoise du *Gouvernement d'un seul*[126], il convient de regarder la structure politisée de la société traditionnelle de la Chine et l'affiliation entre les individus et l'État afin de trouver la raison d'être et l'origine du principe du Gouvernement d'un seul. L'« *unité* » est la notion clef de la structure politique d'un gouvernement d'un seul. La concentration structurelle des unités est la condition *sine qua non* du pouvoir absolu car, elle crée une hiérarchie verticale directe et établit une bureaucratie au sein de l'administration afin d'instaurer un respect absolu des mesures du Gouvernement, qui est le premier donneur d'ordre au sein de la Chine. C'est également en raison de cette concentration du pouvoir que l'individu perd son droit fondamental à l'autonomie et à l'indépendance. Les droits individuels sont abolis par la

[125] 梁治平, "鄉土社會中的法律與秩序", 鄉土社會的秩序公正與權威, 中國政法大學出版社, décembre 1997, p. 415.

[126] Ou l'État de l'homme *(rule of man)*, qui s'oppose à la notion d'État de droit. Il s'agit d'un système dans lequel un individu, un parti ou un groupe d'individus règnent de façon arbitraire en exerçant un pouvoir absolu selon le bon plaisir du souverain.

recherche et la création de l'unité car, chaque citoyen et chaque structure administrative sont non seulement entièrement soumis aux mesures adoptées par le gouvernement, mais sont également responsables de leurs actes devant le gouvernement. Un État dont le pouvoir central est concentré à ce niveau est indéniablement un gouvernement d'un seul dans lequel le droit n'est qu'un accessoire du pouvoir. Les mesures administratives remplacent la loi, et les ordres issus du pouvoir central tiennent lieu de loi[127].

67. Changement nécessaire de la politique économique. Plus le politique de l'économie planifiée poussait l'économie chinoise à être de plus en plus nationalisée, plus le gouvernement était conscient de la nécessité d'adopter un nouveau régime. Malgré la publication de la Constitution chinoise et la création du Congrès national populaire en 1954, qui avaient toutes deux pour but d'encourager la transformation de la société par l'adoption des règles de droit, il s'est avéré que la promotion du principe de l'État de droit en Chine entrait en contradiction avec la recherche des finalités sociales supérieures et la structure de la politique d'économie planifiée : l'existence de cette dernière exigeait non seulement un cadre souple et qui s'adapte aux changements de la société, mais également un dirigeant qui détient dans ses mains la totalité de l'autorité décisionnelle[128]. Toutes les activités législatives avaient ainsi été suspendues jusqu'à la veille de la révolution culturelle.

68. Mouvement de la transformation judiciaire. En 1952, le gouvernement chinois a lancé le programme de « mouvement de la transformation judiciaire ». Durant cette période, l'accent était mis sur l'accessibilité et la prolétarisation du pouvoir législatif, ce qui a incité les juristes de l'époque à quitter leur poste au sein du pouvoir judiciaire. Selon la vision de l'époque, les tribunaux ayant la qualification de « populaires » devaient rendre des décisions en se fondant sur les garanties et protections du prolétariat car, « *conformément à la nature et aux missions des tribunaux populaires, il est primordial de mettre l'accent sur la dénomination de "populaire". Pourquoi ces tribunaux sont-ils des tribunaux populaires ? Il s'agit en effet d'une qualification adoptée par un État dont le peuple (au sens de prolétariat) constitue le fondement de la structure politique* »[129]. Selon ce précepte, le pouvoir judiciaire ne pouvait donc pas être indépendant, mais devait être au service du prolétariat et de la classe ouvrière. Ainsi, les organes judiciaires devienaient des instruments au service de la politique et décident non sur une base juridique, mais sur le fondement d'une décision politique. En

[127] 張樹義, "政治體制改革：人治法治的變遷", *法學*, , vol. 4, 1988, p.1.
[128] 包萬超, "儒教與新教, 百年憲政建設的本土情結與文化抵抗", *北大法學評論*, n°1, vol. 2, mai 1999, pp. 563 et s.
[129] 江華著, *將華司法文集*, 人民出版設, juillet 1997, p. 238.

raison de l'instrumentalisation du système judiciaire par le pouvoir politique et la lutte de classes, un nombre de juristes qualifiés qui exerçaient au sein des tribunaux ont dû quitter le système judiciaire, créant une rupture dans la qualité des magistrats. À la place des juristes de l'ancien système judiciaire, le Parti communiste chinois a choisi de nommer des anciens soldats de l'armée rouge et des membres de la classe ouvrière et agricole, c'est-à-dire des fervents promoteurs des idéologies communistes, en tant que magistrats. Ces nominations ont entraîné une détérioration grave de la qualité du système judiciaire chinois[130] qui a fait reculer le développement du droit chinois et surtout du pouvoir judiciaire chinois de plusieurs décennies au point que le système actuel ressent toujours le dégât subi à l'époque des mouvements politiques.

69. Rupture avec le système soviétique. En raison de l'imitation du système soviétique, la Chine a traversé une période d'irrationalité économique entre la fin des années 1950 et le début des années 1960[131] qui a poussé le Parti communiste chinois à revoir sa position concernant son rôle dans l'économie nationale. Ceci était dû à la rupture entre l'Union soviétique et la Chine communiste. Cette rupture s'est concrétisée par la politique du Grand bond en avant (1958-1960) qui a été remplacée par la suite par la politique d'économie planifiée après la Révolution culturelle de 1966-1976. Ces éléments, accompagnées du chaos de la Chine et la mort de Mao Zedong, ont engendré une stagnation dans le développement économique du pays malgré les efforts des dirigeants chinois de maintenir le système de la planification économique. C'est sous cet échec de l'économie planifiée qu'est née la politique de réforme et d'ouverture énoncée par Deng Xiaoping en 1978.

II. Création du droit des investissements étrangers sous la politique de réforme et d'ouverture

70. Retrait des États soviétiques et communistes de la scène internationale. La création du droit chinois contemporain des investissements étranger va de pair avec la renaissance du droit chinois moderne. Entre 1917 et 1950, les États communistes représentant le tiers de la

[130] 王文杰, *op. cit.*, p. 103.
[131] Wang (Z.), *op. cit.,* p. 4.

population mondiale se sont progressivement retirés du marché mondial et de la scène internationale. Après la Seconde Guerre mondiale, les États de l'Europe de l'Est ont également adopté ce mouvement, et ont été suivis par les pays asiatiques, tels que la République populaire de Chine, la Corée du Nord et le Vietnam. Ces États ont décidé d'adopter une politique concentrée sur le contrôle poussé des moyens de production et des marchés nationaux. Cependant, l'échec rencontré par ces pays a forcé les gouvernements divers à changer de politique afin de se réinsérer au sein du marché mondial.

71. Application de la politique d'autarcie jusqu'en 1979. Avant 1979, la Chine était un acteur isolé et insignifiant de l'économie mondiale. Certes, des auteurs chinois ont allégué que la Chine était en relation d'affaires avec plus de 160 États en 1976[132], mais ces affaires portaient exclusivement sur l'importation d'équipements et d'usines clef en main d'industrie lourde[133]. De plus, jusqu'en 1979, le domaine du commerce extérieur était le monopole du Ministère du Commerce extérieur. Les orientations dans le domaine du commerce externe étaient établies par huit sociétés nationales commerciales, chacune responsable d'une catégorie spécifique de marchandises. Enfin, le commerce extérieur devait impérativement respecter les programmes politiques de l'État et les traités gouvernementaux bilatéraux[134]. En réalité, la Chine ne s'est progressivement ouverte au reste du monde qu'à partir de 1971, plus précisément avec la visite du Président américain Richard Nixon à Pékin. En effet, les étrangers n'ont commencé à faire des affaires et à investir en Chine de façon significative qu'à partir de la fin des années 1970.

C'est dans ce contexte politique et économique que la Chine a adopté la politique de réforme et d'ouverture, qui prévoyait une changement drastique de l'économie chinoise, et surtout dans le domaine des investissements étrangers, pour créer un régime juridique selon une logique pragmatique (A), qui avait pour finalité unique d'attirer les capitaux étrangers (B).

A. Une réforme fondée sur une logique de pragmatisme

1) Application des Théories du toucher et du Chat.

[132] Wang (L-S) et Chen (Y-J), "Economic Relations with Foreign Countries", *in* Yu (G-Y) (ed), *China's Socialist Modernisation*, Pékin, Foreign Languages Press, 1984, p. 685

[133] Chen (J.), *Chinese Law : Context and Transformation*, Leiden, Brill Nijhoff, p. 816

[134] Wang (S-X) et Wang (S-C), *中國對外貿易*, Pékin, People's University of China Press, 1994, pp. 706-709.

72. Présentation. Le pragmatisme est une constante de la réforme juridique depuis la période de Mao[135]. Ce pragmatisme juridique est respectueux du pragmatisme politique mis en avant par Deng Xiaoping, qui plaçait le développement économique, la stabilité et le maintien des quatre principes cardinaux (四項基本原則, *Sì xiàng jīběn yuánzé*), qui sont les principes de maintien du chemin socialiste (社會主義道路, *Shèhuì zhǔyì dàolù*), de la dictature démocratique du peuple (人民民主專政, *Rénmín Mínzhǔ Zhuānzhèng*), de la direction du Parti communiste chinois (中國共產黨的領導, *Zhōngguó gòngchǎndǎng de lǐngdǎo*) et du Marxisme-Léninisme-Maoisme (馬克思列寧主義、毛澤東思想, *Mǎkèsī lièníng zhǔyì, máozédōng sīxiǎng*)[136], comme ligne directrice.

La décision historique portant sur la politique de réforme et d'ouverture, prise lors du Troisième Plénum du 11e Congrès du Parti communiste chinois du 18 au 22 décembre 1979, a marqué le début de l'ère de progrès économique intensif de la Chine. Cette décision a été prise en raison du conflit de pouvoirs au sein du Parti communiste chinois après la mort de Mao Zedong, de l'amélioration des relations sino-américaines et de la réussite économique de ses pays voisins, qui sont le Japon et les « quatre petits dragons du pacifique ». En 1978, le gouvernement chinois avait comme objectif d'augmenter la productivité du pays et d'augmenter la qualité de vie des citoyens. Selon le gouvernement central, cet objectif devait être accompli par le biais d'une réforme systémique et structurelle de l'économie, mais il n'avait aucune idée quant au contenu d'une telle réforme économique. De surcroît, la réforme économique ne suivait ni une stratégie politique clairement définie ni des mesures politiques établies au préalable. En effet, au lieu de suivre une politique économique prédéterminée, le choix de différentes mesures politiques adoptées par le gouvernement reflétait une logique fortement pragmatique vis-à-vis des problèmes et des crises qui surviennent au sein de la société à un instant précis. La philosophie de l'État concernant les réformes reflète une expression qui est souvent attribuée à Deng Xiaoping : « *Peu importe que le chat soit blanc ou noir, s'il attrape des souris, c'est un bon chat* (不管白貓黑貓，能捉到老鼠就是好貓**,** *Bùguǎn bái māo hēi māo, néng zhuō dào lǎoshǔ jiùshì hǎo māo*) »[137], ce qui démontrait l'inutilité des débats préalables des différentes théories car, la réforme devait être appliquée directement au sein de la Chine, puis être adaptée progressivement en fonction des conséquences obtenues et du résultat souhaité. Les trois phases principales des réformes

[135] Li-Kotovtchikhine (X-Y), "Le pragmatisme juridique dans la Chine post-Mao", *RIDC*, 2009, n°4, p. 715.
[136] « 堅持四項基本原則 », News of the Communist Party of China, disponible sur http://cpc.people.com.cn/BIG5/64162/64170/4467148.html, traduction libre, consultzé le 8 décembre 2017.
[137] "The great pragmatist: Deng Xiaoping", *The Guardian*, 18 décembre 2008, disponible sur https://www.theguardian.com/business/2008/dec/18/globaleconomy-economics, consulté le 20 août 2015.

économiques peuvent également être décrites sous le dicton imagé chinois de « *traverser la rivière en se tenant aux rochers » (*摸著石頭過河*, Mō shítouguò hé*) », qui est proche de l'expression française de « tâter dans l'obscurité ».

73. Réforme du régime du commerce international. Avant 1978, la Chine possédait quelques entreprises nationales qui commerçaient avec d'autres pays sous l'égide du Ministère du Commerce extérieur. Ces entreprises n'avaient qu'une connaissance assez limitée du fonctionnement de l'économie de marché et se cantonnaient à la recherche de la commercialisation des produits chinois vers l'international. À partir de 1978, la Chine a rompu avec le monopole étatique de commercer avec l'international, et a ouvert cette activité aux organisations provinciales de commerce international et à de nombreuses entreprises privées. Avec l'établissement des Zones économiques spéciales, les entreprises à participation étrangère ont joué un rôle croissant dans l'exportation et l'importation des marchandises. De plus, la Chine a énormément bénéficié des liens avec Hong Kong et les expatriés d'origine chinoise. En effet, ces derniers ont aidé la Chine à développer des industries d'exportation grâce à leurs réseaux d'affaires internationaux. En termes de libéralisation du commerce international, les tarifs ont été réduits de 56 % en 1982, de 23 % en 1996, de 15 % en 2001, et de 9,9 % en 2005[138], et les barrières non tarifaires ont été totalement supprimées en 2005. Le nombre de sociétés qui fait du commerce extérieur est passé de moins de 1 200 en 1986 à plus de 35 000 en 2001[139]. La Chine a relâché de plus en plus les restrictions pour permettre aux entreprises à participation étrangère d'accéder au marché chinois. Puis, l'adhésion de la Chine à l'OMC en 2001, qui a non seulement assuré l'ouverture de son marché aux investisseurs étrangers, a également garanti l'accessibilité des marchés étrangers aux entreprises locales.

74. Une réforme en trois phases. La politique de réforme et d'ouverture consistait à réformer l'ordre national, et à s'ouvrir vers l'international. La première phase des réformes économiques en Chine (1970-1980) concernait la mise en œuvre du système des contrats à responsabilité dans le domaine de l'agriculture. Ce système a permis aux agriculteurs de garder le surplus de production au lieu de le verser totalement à la collectivité publique, introduisant la notion de propriété privée. De surcroît, avec la la politique d'ouverture, la Chine a commencé à élargir le commerce vers l'international et a autorisé l'investissement direct étranger. Ces initiatives ont immédiatement augmenté la qualité de vie d'une majorité de citoyens chinois et ont permis aux réformes ultérieures de se concrétiser. La seconde

[138] *Ibid.*
[139] *Ibid.*

phase de réforme a eu lieu entre la fin des années 1980 et le début des années 1990 et avait pour but d'améliorer le mode de gouvernance des entreprises étatiques par l'élargissement de l'autonomie des entreprises, et la création des institutions régissant le marché et la conversion de l'économie fortement planifiée par l'administration vers une économie de marché régulée par les prix. La mission difficile de réviser les prix de marché est accomplie grâce à un système àdouble voie concernant les prix et le taux de change. Selon ce système, certains produits et services devaient respecter un prix déterminé par le gouvernement alors que d'autres produits étaient au prix de marché. Avec le temps, les biens qui étaient au prix de marché se sont multipliés, jusqu'au début des années 1990, où la quasi-totalité des biens faisait partie de cette catégorie. La troisième étape de la réforme des années 1990 s'est concentrée sur la fermeture des entreprises étatiques qui n'étaient plus rentables, l'établissement de la sécurité sociale et la résolution des problèmes d'insolvabilité du système bancaire. L'objectif était de créer un système bancaire viable susceptible de contrôler l'économie par le biais de mesures politiques monétaires et des prêts consentis sur la base des profits et des pertes. L'accent était mis sur la suppression de la disparité entre les riches et les pauvres en Chine.

75. Approche pragmatique vis-à-vis des premières Lois sur entreprise à participation étrangère. Dans les premiers mois de la politique d'ouverture limitée du marché aux investissements étrangers, la majorité des sociétés étrangères avaient adopté une attitude méfiante, et avaient refusé d'investir en Chine en l'absence de protection juridique. Poussé par le besoin d'attirer la technologie et le capital étranger, le gouvernement central a convoqué la Commission d'État pour la planification[140] pour que cette dernière élabore une loi en la matière. Le 1er juillet 1979, la Ve Assemblée nationale populaire de la Chine a adopté la Loi sur les EJV sino-étrangères. En raison du manque de précision et de détail de ladite loi, cette promulgation était accompagnée d'une promesse d'adopter rapidement des règlements d'application et de lois complémentaires en matière de droit des sociétés, droit social, droit bancaire, droit des changes, droit de la propriété intellectuelle, et droit fiscal.

Dès l'entrée en vigueur de la loi, les autorités ont choisi une approche pragmatique pour l'élaboration de la législation portant sur les joint-ventures sino-étrangères, et ont voulu retarder l'adoption des règles d'application antérieurement promises, pour pouvoir obtenir un premier retour issu des premières négociations. En effet, selon les autorités chinoises, la logique pragmatique de la procédure législative avait pour but principal de permettre aux

[140] Désormais connue sous la dénomination de Commission nationale du développement et de la réforme, Commission nationale du développement et de la réforme.

premiers investisseurs de participer au développement du droit des EJV afin d'arriver à un régime juridique qui soit accepté et respecté par toutes les parties. Cependant, ne connaissant pas cette procédure législative, les investisseurs étrangers potentiels ont commencé à réclamer que les autorités respectent leurs engagements concernant la clarification de la loi, et ont fait savoir qu'ils ne signeraient pas de contrat de joint-venture avant que les règles d'application ne soient en vigueur. Cette tension fondamentale entre la réclamation des investisseurs étrangers d'avoir une protection juridique et la réticence des autorités chinoises à offrir de telle protection sans application concrète au préalable de la loi a empêché la création de nombreuses joint-ventures : en avril 1980, seules 3 joint-ventures ont reçu l'approbation de la Commission d'Investissements étrangers, et en février 1980, seule une dizaine de contrats de joint-ventures sino-étrangère ont été conclus..

76. Conséquence de l'approche pragmatique. Le résultat de cette approche « essai-erreur » était que le droit chinois portant sur les investissements étrangers s'est développé séparément des autres branches du droit national. Cette tendance a reflété le manque d'expérience de la Chine dans les relations économiques étrangères durant les premières années de la période post-mao, mais elle a surtout été adoptée dans le but d'offrir des incitations spéciales afin d'attirer des capitaux étrangers, du savoir-faire et de l'expertise du marché. Ainsi, malgré les efforts d'unification, la procédure législative de l'époque a laissé exister un système juridique àdouble voie en Chine : un droit applicable aux entreprises à participation étrangère, et l'autre visant les entreprises de droit commun.
Cette démarche d' « essai-erreur » a également produit un système de droit compliqué et changeant, dont les règlements et les règles sont adoptés non seulement par le pouvoir législatif et le Conseil des affaires de l'État, mais également par d'autres départements du Conseil des affaires de l'État. Des contradictions et des conflits doivent être attendus. Les réformes issues de l'OMC certainement ont réussi à moderniser et à simplifier le droit chinois, mais le régime des investissements étrangers est resté en pleine mutation malgré l'adhésion de la Chine à l'OMC en 2001. Cela était surtout vrai dans le secteur du service, où le gouvernement n'a procédé qu'à une libération partielle.

2) Exemple concret de l'approche pragmatique : Zones économiques spéciales

77. Création des Zones économiques spéciales. En 1978, la Chine était principalement une économie fermée. S'inspirant des expériences des zones franches industrielles pour l'exportation (*Export Processing Zones*) établies dans des pays asiatiques voisins entre 1960 et 1970, la Chine a décidé de créer quatre Zones économiques spéciales : Shenzhen, qui se trouve de l'autre côté de la frontière de Hong Kong ; Zhuhai, qui se situe en face de Macao ; Xiamen, qui se trouve en face de Taiwan ; Shantou, qui est sur la côte de Guangtond du Nord. Ces Zones économiques spéciales ont été conçues dans le but d'importer de la technologie nouvelle, d'augmenter le taux d'exportation, de faire rentrer des devises étrangères, de créer de l'emploi, d'assimiler différentes méthodes managériales et d'entrepreneuriat, et d'attirer des investissements étrangers.

Ces Zones économiques spéciales sont ainsi devenues des laboratoires dans lesquels les mesures de l'économie de marché sont mises en œuvre. Dans l'hypothèse où l'expérimentation aboutirait à un échec, les effets négatifs d'un tel échec pouvaient être minimisés du fait de l'éloignement desdites zones des centres politiques et économiques de la Chine. Cette stratégie a connu un succès relatif dans l'objectif d'attirer les investissements étrangers et de créer une économie d'exportation. Ainsi, la Chine a progressivement ouvert les villes côtières et frontalières, puis les villes majeures situées dans l'arrière-pays et, enfin, la totalité du territoire chinois. La Chine a suivi une stratégie de « développement côtier » dans le début de l'année 1988 afin d'attirer des industries de production à forte intensité de main-d'œuvre issue des pays à économie développée.

78. Localisation des zones économiques spéciales. Grâce à cette approche vigilante et progressive, la Chine a pu remplacer son système traditionnel à inspiration soviétique par une forme d'économie de marché tout en conservant une croissance remarquable et une relative stabilité des prix durant cette période transitoire.

Dans un premier temps, la politique d'ouverture a été introduite dans des zones limitées. Cette application restreinte avait deux raisons essentielles : d'abord, elle permettait de garantir le pouvoir de contrôle du gouvernement central durant l'application de ladite politique. De plus, elle rassurait la Chine qui manquait d'expérience dans les relations économiques internationales à cause des années d'isolation de l'État. L'établissement de la Zone économique spéciale de Shenzhen en 1978 signifiait tout d'abord la fin de la période maoïste et aussi le début de la multiplication des Zones économiques spéciales en Chine. Essentiellement, ces Zones économiques spéciales avaient pour but de tester la politique d'ouverture avec certains pays voisins, tels que Taiwan, et par la suite, d'étendre la politique d'ouverture à l'ensemble du territoire chinois si cette expérience s'avérait être positive.

La libéralisation a été un processus d'élargissement et d'ouverture des zones d'investissements étrangers. La désignation desdites Zones économiques spéciales est fondée largement sur le fait que les résidents locaux disposaient d'une histoire longue et ancienne de contacts étrangers, d'immigration étrangère, et de participation aux affaires internationales. Ces Zones économiques spéciales étaient initialement situées près de Hong Kong, Macao et Taiwan. Le succès évident des Zones économiques spéciales a amené le gouvernement à étendre la politique « spéciale » à 14 villes côtières d'ouverture (Dalian, Qinhuangdao, Tianjin, Yantai, Qingdao, Lianyungang, Nantong, Shanghai, Ningbo, Wenzhou, Fuzhou, Guangzhou, Zhangjiang et Baihai) en 1984. En février 1985, trois autres régions côtières ont été ouvertes pour les investissements étrangers : la zone économique ouverte du delta de la rivière du Yang Tsé, la zone économique ouverte du delta de la rivière du Zhujiang et la zone économique ouverte du delta du sud du Fujian. L'île du Hainan est devenue une Province en 1988, et puis la Zone économique spéciale la plus remarquable de la Chine. Dans les années 1990, de nombreux règlements ont été adoptés par le Gouvernement municipal de Shanghai concernant le développement et l'ouverture de la nouvelle Zone de Shanghai Pudong. En 1992, le Conseil des affaires de l'État a décidé une nouvelle fois d'ouvrir un nombre de villes frontalières ainsi que certaines villes capitales des provinces du territoire intérieur et des régions autonomes. De surcroît, 15 zones de libre-échange, 32 zones étatiques de développement économique et technologique et 52 zones de développement industriel de la nouvelle et haute technologie ont été établies dans des villes de taille grande ou moyenne dans les années 1990. Depuis le début des années 2000, les incitations financières ont été accordées aux investisseurs afin d'encourager les investissements dans la région ouest-centrale de la Chine[141]. Plus récemment, avec le soutien du Comité central du Parti communiste chinois, la Zone pilote du libre-échange de la Chine (Shanghai) a été établie par le Conseil des affaires de l'État en août/septembre 2013, et cette pratique a été étendue aux régions à Guangdong, Fujian et Tianjin[142]. Par conséquent, une

[141] Chen (J.), *Chinese Law, op. cit.*, p. 822

[142] Voir la Notice du Conseil des affaires de l'Etat sur la circulation de la planification de la Zone pilote de libre échange de la Chine (Shanghai), publiée le 19 eptembre 2013; la Décision du comité permanent de l'Assemblée nationale populaire sur la delegation du Conseil des affaires de l'Etat pour adapter les lois concernant le contrôle et l'approbation administratifs dans la Zone pilote de libre échange de la Chine (Shanghai), adopté lors de la quatrième réunion du comité permanent de la 12e session de l'Assemblée nationale populaire le 30 août 2013 ; décision du comité permanent de l'Assemblée nationale populaire sur la délégation du Conseil des affaires de l'Etat pour adapter les lois concernant le contrôle et l'approbation administrative de la zone pilote de libre échange de la Chine (Guangdon), la zone pilote de libre échange de la Chine (Tianjin), la zone pilote de libre échange de la Chine (Fujian) et de la zone pilote étendue de libre échange de la Chine

variété de zones « ouvertes » et de régions à degré différent d'autonomie et de liberté économique ont été établies à travers de la Chine par des autorités gouvernementales[143].

79. Définition de la « Zone économique spéciale ». Comment définir les zones économiques spéciales ? En pratique, ces zones peuvent être conçues en tant qu'endroits dans lesquels les investisseurs étrangers bénéficient de traitements préférenciés et de liberté économique plus large, telle que la réduction du taux de l'impôt sur le revenu, des concessions spéciales portant sur les droits de douane, une gestion du travail flexible, des frais préférenciés sur l'utilisation des terres, un accès meilleur au marché national, et une simplification des processus administratifs portant sur le contrôle et l'autorisation des projets d'investissement étranger. Ces traitements spéciaux préférenciés sont accordés par le droit national, mais également par des règlements et règles locaux. Avec l'ouverture de la quasi-totalité du territoire de la Chine aux affaires internationales, les traitements préférenciés sont de moins en moins signifiants. Il est donc nécessaire de renouveler le cadre légal actuel afin d'unifier le régime des investissements et d'offrir le même traitement aux investisseurs de façon égale, peu importe la nationalité de ces derniers.

80. Parallèle avec l'actuelle Zone pilote du libre-échange. Concernant l'orientation récente portant sur l'établissement de la zone pilote du libre-échange de la Chine (Shanghai), cet établissement constitue une continuation à l'approche d' « essai-erreur », et signale une démarche stratégique de mutation vers une économie fondée sur le service, qui s'insère dans une stratégie plus globale constituant à faire sortir la Chine de la qualification d'usine mondiale pour qu'elle puisse devenir un marché mondial. Nous ne sommes que dans la phase initiale de l'établissement de la zone pilote du libre-échange de la Chine (Shanghai), mais de nombreux éléments méritent déjà d'être remarqués. D'abord, le gouvernement central n'adopte aucune norme applicable à la nouvelle zone, permettant au Conseil des affaires de l'État et au gouvernement local de jouir d'une liberté totale pour appliquer leurs politiques

(Shanghai), adopté à la 12e réunion du comité permanent dela 12e session de l'Assemblée nationale populaire le 28 décembre 2014.

[143] Le 27 mars 2007, la Commission étatique du développement et de la réforme, le ministère du Territoire et des Ressources et le ministère de la Construction ont publié conjointement une nouvelle liste de zones de développement en Chine. Cette liste contient 222 zones de développement autorisées par le Conseil des affaires de l'État (dont 49 zones de développement économique et technologique, 53 zones de développement de la nouvelle et haute technologie, 15 zones franches de libre-échange, 14 zones côtières de coopération économique et commerciale, 58 zones franches industrielles et 33 autres zones de développement) et 1346 zones de développement approuvées par le gouvernement au niveau provincial. Plus récemment, en novembre 2014, l'office général du Conseil des affaires de l'État a publié un document intitulé « Avis portant sur la promotion du développement amélioré et innovant des zones étatiques de développement économique et technologique » (n°54). Selon cette politique, certaines zones provinciales sélectionnées peuvent être converties en zones étatiques de développement.

expérimentales. De plus, au lieu de publier une liste d'industries permises, prohibées ou encouragées au sein de la zone, une liste noire d'investissements étrangers est créée, permettant aux opérations d'investissements qui ne rentrent pas dans le domaine de la liste de s'installer selon un processus rapide d'enregistrement simple (*file-for-record*) l[144]. Enfin, le point essentiel porte sur le secteur tertiaire, un secteur dans lequel la libéralisation a été une politique *ad hoc* et limitée. En conclusion, la Zone pilote de Shanghai est un laboratoire qui a pour mission de tester la réforme en profondeur le rôle du gouvernement dans le domaine de la gestion de l'économie et de l'élargissement de la libéralisation du secteur tertiaire aux investissements étrangers. Il est certain que plusieurs Zones de ce type vont être créées en Chine dans un futur proche[145].

B. Raison d'être de la politique d'ouverture : attirer les capitaux étrangers

81. Une initiative de Deng Xiaoping. Lorsque Deng Xiaoping est arrivé au pouvoir entre 1977 et 1978, le pays était au bord d'un effondrement économique, mettant ainsi la légitimité du Parti communiste en danger. Face à cette crise économique et institutionnelle, un programme gouvernemental des « quatre modernisations » a été proposé[146]. Cependant, ledit programme ne constituait qu'un simple texte de valeur déclarative dépourvu de règle d'application concrète. Son application directe et immédiate était donc impossible. L'inapplication du programme n'était pas un obstacle pour Deng Xiaoping qui était conscient que la réalisation de ce programme ambitieux de modernisation nécessite l'importation de technologies modernes étrangères et de capitaux étrangers, mais également du savoir-faire de gestion, des expériences en marketing et des réseaux commerciaux. Ainsi, la politique d'ouverture a été adoptée. Néanmoins, les trente ans d'économie d'autarcie et de politique d'autosuffisance marqué la mentalité d'une partie du peuple chinois et une opposition au sein du gouvernement concernant la nouvelle politique d'ouverture était

[144] Voir les Mesures administratives spéciales (liste négative) concernant l'accès à la Zone pilote de libre-échange de la Chine (Shanghai) aux investissements étrangers, publiées par le Gouvernement municipal de Shanghai le 29 septembre 2013. Les normes portant sur la Zone sont accessibles sur http://en.shftz.gov.cn/homepage.asp, consulté le 8 février 2017.

[145] " 27 市自治区争建自贸区哪个最有"钱"途? (27 Provinces Competing for Establishing Free Trade Zones)", *搜狐证券*, 16 février 2014, disponible sur http://stock.sohu.com/s2014/zmq/, consulté le 8 février 2017.

[146] Riche (F. C.), « Joint ventures in China: the legal challenges », *International lawyer*, vol. 15, No. 2, 1981, pp. 181.

attendue. Face à ce conflit idéologique, Deng Xiaoping a adopté une attitude pragmatique et réaliste : sachant que ni une réforme draconienne ni un changement drastique du système défini par la Constitution ne pouvaient être acceptés par tous ses concitoyens, il a préféré un processus progressif de transformation économique, politique et administrative. Cette méthode pragmatique, appliquée à la mise en œuvre de la politique d'ouverture, a eu des effets et des ramifications en ce qui concerne le cadre juridique contemporain des investissements directs étrangers.

Initialement, les mesures de réforme étaient sous un contrôle strict du gouvernement central, la porte de la Chine n'était ouverte qu'à certains investisseurs étrangers qui avaient reçu un visa spécial de la part de l'État chinois. En droit, un mécanisme strict d'examen et d'autorisation était mis en place et exercé par différents départements du gouvernement. Puis progressivement, ce système de contrôle a été réduit, puis démantelé. Durant les 35 ans de réforme post-mao, la Chine a vu ses restrictions et contrôles réduits. Cependant, ce processus n'est pas encore achevé, surtout en matière du droit des investissements directs étrangers dans le domaine des services. Ainsi, l'économie de marché socialiste actuelle est en réalité une économie « aménagée », malgré l'engagement du gouvernement chinois de libéraliser le marché national après l'adhésion du pays à l'OMC.

82. Diminution du contrôle et suppression des restrictions. Les efforts de libéralisation les plus poussés ont été entrepris par la Chine durant les 13 années de négociations tortueuses pour devenir membre de l'OMC afin de se conformer aux exigences du Protocole d'adhésion de la République Populaire de Chine du 10 novembre 2001. Les réformes juridiques qui ont été provoquées par l'adhésion de la Chine à l'OMC, connues sous le terme de « réformes de troisième vague », ont induit d'autres réformes ultérieures. Les plus efficaces et importants concernaient le commerce international et les investissements directs étrangers.

Vers la fin des années 1970, la Chine a abandonné la politique traditionnelle d'autarcie et a adopté une politique de réforme nationale et d'ouverture internationale. Parmi les mesures mises en œuvre, celle portant sur le traitement favorable aux investissements étrangers constituait la raison principale pour laquelle quantité d'investisseurs étrangers ont décidé d'investir en Chine ; ce qui a permis à la Chine de regagner sa place sur la scène économique mondiale. La politique des investissements étrangers chinois constituait, certes, la clef de voûte de la politique de réforme et d'ouverture, mais le développement de ce régime des investissements étrangers était en contradiction totale avec l'environnement économique de l'époque, fondé encore sur la politique d'économie planifiée. Malgré la promotion de la libre concurrence pour les investisseurs étrangers, la logique économique de l'époque restait la

nationalisation, ce qui explique les caractéristiques spécifiques du droit des investissements directs étrangers.

III. Caractéristiques du droit des investissements directs étrangers sous la Chine communiste

83. Composants du premier droit des investissements directs étrangers. Initialement, le droit des investissements directs étrangers était uniquement constitué de trois lois distinctes et des règlements d'application desdites lois. Il s'agissait de la Loi sur les EJV sino-étrangères, le règlement d'application de la Loi sur les Equity joint-venture sino-étrangères (EJV), la Loi sur les WFOE, le règlement d'application de la Loi sur les entreprises à participation entièrement étrangère (*Wholly foreign own* enterprise, WFOE), la Loi sur les Contractual joint-venture sino-étrangères (CJV) et le règlement d'application de la Loi sur les CJV sino-étrangères. Ces normes ont majoritairement été adoptées dans les années 1980, durant la période de l'économie planifiée. Certes, la réforme nationale et l'ouverture internationale étaient les deux axes majeurs de la réforme économique chinoise, mais en raison de la politique d'économie planifiée, le droit des investissements directs étrangers chinois gardait une coloration fortement politique (A). Ce qui explique l'absence d'harmonisation du droit des investissements directs étrangers (B) et pourquoi les entreprises se situe au centre du régime juridique des investissements directs étrangers (C).

A. Un régime juridique à coloration de la politique d'économie planifiée

84. Un droit caractérisé par la politique d'économie planifiée. Au fil de ces trente dernières années, le droit des investissements directs étrangers est devenu un régime volumineux et exorbitant détenant des normes à hiérarchie variable, dont la majorité des textes a été rédigée durant la politique de réforme et d'ouverture, au sein d'un environnement fortement influencé par la politique d'économie planifiée, ce qui explique la forte empreinte politique du régime des investissements directs étrangers, caractéristique de la période de l'économie planifiée.

C'est en raison de cette coloration politique, accompagnée du manque d'expérience des législateurs, que le régime des investissements directs étrangers rencontre autant de difficultés dans son application.

85. Effets de la coloration d'économie planifiée. De nos jours, le montant total des investissements directs étrangers en Chine ne correspond pas à l'échelle à laquelle le pays se développe économiquement, ce qui souligne les difficultés pratiques rencontrées par ces entreprises opérant en Chine. En effet, en raison de l'applicabilité du régime des investissements directs étrangers dans l'environnement économique contemporain, les entreprises à participation étrangère se retrouvent souvent dans une situation embarrassante et délicate de non-droit, ce qui pourrait être la cause de la stagnation actuelle du montant d'investissements directs étrangers en Chine[147].

Le droit des investissements directs étrangers chinois a pour destinataires principaux les investisseurs étrangers et devrait, à ce titre, offrir une certaine souplesse afin d'encourager les investisseurs à investir en Chine. Cependant, conformément aux exigences de la politique d'économie planifiée, c'est-à-dire de l'époque durant laquelle les trois lois portant sur les investissements directs étrangers ont été adoptées, les textes législatifs n'ont pas pour vision d'évoluer avec le temps et portent uniquement sur des principes et des règles généraux, afin de donner une large marge de manœuvre aux autorités dans leur application. Ainsi, il n'existe que très peu de lois portant sur les investissements directs étrangers, alors que nous pouvons trouver une multitude de règlements d'application et de notices administratives dans le domaine des investissements directs étrangers. En effet, afin de respecter la rigidité des lois et la supériorité du pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif, deux éléments caractéristiques de la politique d'économie planifiée, le législateur a préféré adopter des lois de principes pour laisser aux ministères et départements compétents la possibilité de compléter la loi par des règlements et des notices. Cependant, il arrive que les différents ministères et départements compétents ne se concertent pas préalablement à la publication de leurs propres documents, créant ainsi une incohérence au sein du droit, ce qui constitue un autre problème majeur du droit des investissements directs étrangers chinois.

B. Absence d'harmonisation judique en raison de la procédure législative àdouble voie

[147] 王將雨, « 我國外資立法存在的問題與幾點建議", *法學學刊*, vol. 2, 1995, p. 5.

86. Un droit des investissements directs étrangers de plus en plus unifié. Le régime des investissements étrangers constitue une loi spéciale dont le champ d'application se cantonne à chacune des entreprises à participation étrangère. Par exemple, la « Loi fiscale des revenus des EJV sino-étrangères » ne s'applique qu'aux EJV sino-étrangères, ou le « Règlement concernant la supervision et le contrôle, la levée et l'exemption de la taxe d'importation et d'exportation des CJV sino-étrangères » qui ne s'applique qu'aux CJV sino-étrangères. Ainsi, le droit des investissements directs étrangers chinois était construit par un ensemble de lois distinctes, chacune régissant une forme d'investissement direct étranger chinois. Une fois que les différents régimes généraux ont été établis, le législateur s'est intéressé aux lois spéciales, telles que la Loi sur l'impôt sur le revenu des EJV sino-étrangères et le règlement portant sur le contrôle et l'exonération des droits et taxes sur produits exportés par les EJV sino-étrangères.

Il a fallu attendre le 11 octobre 1986, pour que le Conseil des affaires de l'État publie les « Dispositions du Conseil d'affaires de l'État sur la promotion des investissements étrangers », et utilise le terme d'« entreprises à participation étrangère » pour englober les EJV, les CJV et les WFOE[148]. Par ce document, le Conseil des affaires de l'État annonçait pour la première fois son intention d'unifier le régime juridique des investissements directs étrangers en Chine. Depuis, les mesures adoptées par divers ministères ou départements visant les investissements étrangers directs s'appliquent sans distinction aux trois formes d'investissements directs étrangers, c'est le cas dans le domaine du droit du travail, avec notamment le Règlement portant sur l'autonomie, la protection et les assurances salariales des entreprises à participation étrangère. Ainsi, les investissements directs étrangers sont régis par un droit qui est de plus en plus uniformisé.

87. Procédure législative à double voie. Le régime du droit des investissements directs étrangers a été conçu selon une procédure législative à double voie. D'abord, le législateur a créé un régime applicable aux entreprises à participation totalement chinoise puis, sur la base de ce dernier, il a élaboré un régime préférencié applicable aux entreprises à participation étrangère afin d'encourager les étrangers à investir en Chine, créant ainsi deux régimes de droit des investissements distincts, et accentuant le traitement différentiel des entreprises à participation étrangère par rapport aux entreprises à participation totalement

[148] Article 2 et suivant des Dispositions. "*The State encourages foreign companies, enterprises and other economic organisations or individuals (hereinafter referred to as "foreign investors") to establish Chinese-foreign equity joint ventures, Chinese- foreign contractual joint ventures and foreign capital enterprises (hereinafter referred to as "enterprises with foreign investment") within the territory of China*".

chinoise. Par exemple, la Loi sur les contrats économiques a été adoptée en 1981, puis la Loi sur les contrats économiques étrangers a été adoptée en 1985 [149]; en 1990, le Conseil des affaires de l'État a adopté le Règlement provisoire de la République populaire de Chine concernant la cession et le transfert du droit d'utilisation des terres publiques dans les zones urbaines (中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例)[150], puis adopte la même année les Procédures provisoires pour l'administration des investissements étrangers dans le développement et l'exploitation des territoires de la région entière (外商投资开发经营成片土地暂行管理办法)[151] ; la Loi du travail, promulgué le 5 juillet 1994, a également son pendant étranger, qui est le Règlement concernant l'administration des salariés dans des entreprises à participation étrangère (外商投资企业劳动管理规定), publié le 11 août 1994[152].

Cette procédure législative à double voie n'est pas dépourvue de fondement politique. En effet, l'attraction de la Chine pour les investisseurs étrangers s'accentue avec le développement du droit et la réforme économique. Cependant, durant la phase initiale de la réforme économique, la Chine sortait tout juste du néant juridique dans lequel la notion d'État de droit est inexistante. C'est la réforme constitutionnelle de 1993, qui a finalement établi l'économie de marché en Chine, et qui a permis au système juridique chinois de se stabiliser. L'adopter des règles spéciales pendant cette période transitoire afin d'encourager les investisseurs étrangers à investir en Chine était devenu la mission principale de la Chine. La raison pour laquelle le processus législatif à double voie a été appliqué est la suivante : la recherche des capitaux étrangers doit se faire de pair avec la réforme économique. Or, la Chine ne disposait pas d'un système de droit exhaustif à l'aube de sa réforme économique car, l'introduction de l'État de droit socialiste n'a eu lieu que très récemment, plus particulièrement avec la réforme constitutionnelle de 1993 qui a annoncé l'établissement

[149] Les trois lois des contrats, c'est-à-dire la Loi sur les contrats économiques, lois des contrats économiques étrangers et la Loi sur les contrats techniques, ont été abrogées puis unifié dans un seul texte de loi avec l'adoption de la Loi sur les contrats le 15 mars 1999.

[150] Règlement provisoire de la République populaire de Chine concernant la cession et le transfert du droit d'utilisation des terres publiques dans les zones urbaines, disponible en anglais sur http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/irctaatotrttuotslitua1097/, consulté le 8 janvier 2018.

[151] Procédures provisoires pour l'administration des investissements étrangers dans le developpement et l'exploitation des territoires de la région entière, disponible en anglais sur http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/ipftaofiitdamowaol1062/, consulté le 8 janvier 2018. Cette reglementation a été abrogée par la Décision du Conseil des affaires de l'Etat sur l'abolition de certaines règlementations administratives (国务院关于废止部分行政法规的决定)du 15 janvier 2008.

[152] Règlement concernant l'administration des salariés dans des entreprises à participation étrangère, Disponible en anglais sur http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/potlaoteofi801/, consulté le 8 janvier 2018. puis abrogé par la Décision d'abrogation de certaines réglementations concernant le droit du travail et de la protection sociale (关于废止部分劳动和社会保障规章的决定) du Ministère du travail et de la protection sociale du 30 octobre 2007, et remplacé par la Loi du travail.

d'une économie de marché comme un axe de développement du pays. Ainsi, l'adoption de différentes règles dans le domaine des investissements étrangers a eu un rôle notable dans l'évolution du droit chinois. En effet, il s'agissait d'un moyen pour un droit occidental de s'introduire en Chine : le droit des investissements directs étrangers, qui est fondé sur la pratique d'un droit occidental, constituait le modèle pour la création des autres branches du droit. Ainsi, ce système juridique àdouble voie menace non seulement l'unicité juridique nationale, mais rend également le droit chinois parfois inapplicable[153]. En effet, l'objet principal des trois lois d'investissement direct étranger, de la Loi des sociétés et des autres lois portant sur le droit économique n'est pas de s'inscrire dans le milieu économique qu'elles ont l'intention de régir car, ces normes législatives n'ont pas été conçues par un organe législatif ayant une vision d'ensemble du milieu économique chinois. Au contraire, le pouvoir législatif avait initialement prévu que ces lois spéciales n'aient qu'une existence temporaire. Cependant, lorsque la recherche du caractère temporaire est devenue la clef de la politique juridique, les lois ultérieurement adoptées n'ont eu qu'une vision à court terme, explicant ainsi les réformes consécutives du droit. Cette approche du droit a non seulement eu un coût considerable, mais également un effort important de la part des législateurs[154].

88. Le développement juridique à double voie est en réalité le modèle juridique de la majorité des États transitoires. Ce modèle de procédure législative ne se limitait pas au champ des investissements directs étrangers, mais s'appliquait également aux autres branches du droit, tel que le régime du travail et de la protection sociale. La logique du modèle à double voie est la suivante : au sein d'un État dans lequel une réforme juridique en profondeur est nécessaire, les normes issues du régime ancien occupent une place majoritaire au sein du système juridique, alors que le nombre des normes nouvelles est extrêmement limité. Avec l'avancement de la réforme, le nombre de nouvelles normes devrait augmenter, alors que celui des anciennes normes diminue de plus en plus jusqu'à un remplacement total de l'ancien régime par le nouveau régime, réalisant ainsi une réforme juridique de profondeur[155].

C. Obligation pour les investissements étrangers de créer une « entreprises »

[153] 季衛東, *憲政新論*, 北京大學出版設, 2003, ed. 2, p. 98.
[154] 劉燕南, « 新制度經濟學視角下的中國外資企業法", *公司法與證券法論叢*, vol. 3, 對外經濟貿易大學出版社, avril 2011, p. 411.
[155] 樊綱, "九十年代後期仍將是漸進式改革唱主角", *改革內參*, vol. 6, 1995, p. 4.

89. Une forme facilement contrôlée par le gouvernement[156]**.** Depuis la politique de réforme et d'ouverture, l'élaboration du cadre juridique des les entreprises à participation étrangère est devenue la clef de voûte du travail législatif. La raison pour laquelle l'entreprise se trouve au sein du régime juridique chinois des investissements directs étrangers est inscrite dans l'environnement politique particulier de l'époque. La Chine venait d'abandonner sa politique initiale d'isolationnisme et cherchait vigoureusement à attirer les capitaux étrangers. Cependant soucieuse des conséquences néfastes d'une telle ouverture économique sur la sécurité (principalement politique) du pays, le gouvernement a adopté un régime des investissements directs étrangers offrant une soupape de sécurité facilement contrôlée par les autorités administratives. Cette soupape se traduit principalement par l'adoption d'un système d'autorisation *a posteriori*, permettant une mainmise constante de l'administration. Cette institutionnalisation des investissements directs étrangers avait pour raison principale d'unifier les formes d'investissements directs étrangers afin de faciliter le contrôle du gouvernement sur toutes les opérations des entreprises à participation étrangère, c'est-à-dire les capitaux étrangers, sur le territoire chinois. C'est cette mainmise constante de l'administration sur les activités des entreprises qui a permis au gouvernement de la mettre en œuvre les nombreuses mesures politiques relatives aux investissements étrangers, et de contrôler la distribution des capitaux étrangers selon la planification étatique, conformément à la politique d'économie planifiée.

90. La sociétés à risque limité. Initialement, les entreprises à participation étrangère ne pouvait uniquement adopter la forme juridique de société à risque limité (Ltd.). Cette limitation s'expliquait principalement par le manque de connaissance du gouvernement de l'époque quant aux différentes formes sociales possibles et à leur fonctionnement. Ainsi, la Chine avait fait le choix d'une forme de société qui est connue pour sa stabilité et sa simplicité structurelle qui faciliterait l'établissement de relations commerciales avec des acteurs économiques chinois. Parallèlement, il s'agit également d'une forme de société qui permet un contrôle aisé de l'administration, non seulement au stade de la consitution de la société, mais également tout au long de la vie l'entreprise[157].

91. Autres formes possibles. Le 10 janvier 1995, des « Mesures provisoires portant sur les difficultés liées aux sociétés par actions à capitaux étrangers » ont été publiées par le Ministère du Commerce. Ce texte ouvre la possibilité aux entreprises à participation

[156] Voir page 221 de la présente thèse.
[157] 王文傑, 大陸外商投資企業法律體系與發展動態, *台灣經濟經融月刊*, vol. 10, n'34, 10/1998, p. 58.

étrangère et aux entreprises à capitaux purement chinois de créer une une société par actions simplifiée, leur permettant de choisir une forme sociale plus libre que la société à risque limité. Cependant, malgré cette nouvelle liberté, il est à noter que les sociétés par actions restent soumises à un contrôle strict de l'administration et très peu d'investisseurs étrangers ont choisi cette forme juridique pour leur entreprise[158][159].

[158]Statistics about Utilization of Foreign Investment in China from Jan to Dec. 2016, du 4 février 2017, disponible sur http://www.fdi.gov.cn/1800000121_49_4475_0_7.html, consulté le 31 juillet 2017.
[159] En 2001, il existait au totale 202306 entreprises à participation étrangère, avec 96222 EJV, 23420 CJV, 82 381 WFOE, et seules 283 d'entre elles étaient des sociétés par actions à capitaux étrangers.

SECTION 3. DROIT CHINOIS DE LA MONDIALISATION DES INVESTISSEMENTS ETRANGERS

92. Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation. Selon le professeur Laïdi, la mondialisation du droit désigne « *l'extension à l'échelle du monde de la règle de droit comprise au sens de la codification normative des relations de confiance* »[160]. Il s'agit d'un processus qui obéit à deux incitations : l'intensification des relations sociales planétaires qui oblige les acteurs de la mondialisation à dégager de nouvelles règles de communication[161], et la traduction du sentiment d'appartenance à un même monde où les frontières nationales deviendraient moins pertinentes pour juger, agir ou penser[162]. Cette notion se distingue de celle du droit de la mondialisation qui renvoie à l'extension des règles de droit mises au service exclusif de l'échange marchand et qui vise le partage de codes destinés à échanger[163]. Durant ces dernières années, c'est le droit de la mondialisation qui a le plus progressé avec l'importance de la codification des échanges marchands à travers de l'OMC. Cette progression rapide n'exclut pas cependant le développement à terme de la mondialisation du droit[164].

Depuis la politique de réforme et d'ouverture, et surtout depuis son adhésion à l'OMC, la Chine a été propulsée sur la scène internationale. Ainsi, en tant que membre à part entière de la communauté mondiale, elle est incitée à suivre les règles substantielles internationales ou de la *soft law* et à respecter les tendances issues de la globalisation. En effet, c'est cette mondialisation qui a encouragé la Chine à adopter progressivement le système de l'économie de marché socialiste (I). Cette introduction de l'économie de marché a entraîné deux effets principaux : une réforme constitutionnelle en profondeur (II), et un changement structurel profond du droit économique chinois (III).

I. Transition progressive vers une économie de marché socialiste

[160] Zaki Laïdi, "Mondialisation et droit", *Dalloz*, 2007, p. 2712.
[161] *Ibid.*
[162] *Ibid.*
[163] *Ibid.*
[164] *Ibid.*

93. Refus d'une économie de marché occidentale. L'économie du marché n'était pas un concept accepté par le gouvernement communiste. Cependant, en raison de son besoin d'attirer des capitaux étrangers pour développer son économie nationale et sous la pression internationale, le gouvernement chinois a dû introduire une forme d'économie de marché qu'il qualifiait d'économie de marché « socialiste » sous l'impulsion du Congrès du Parti communiste (A) à la suite de l'effondrement de l'Union soviétique (C).

A. Nécessité énoncée par le Congrès du Parti communiste en 1993

94. Troisième Décision du troisième Plénum du quatorzième Congrès du Parti communiste. La majorité des États ont choisi des moments différents dans l'histoire pour procéder à la suppression des mécanismes de contrôle des prix, à l'ouverture du marché et à la privatisation des entreprises publiques. La Chine a choisi l'année 1993 pour introduire ces éléments au sein de sa politique économique.

Initialement les objectifs de la réforme, prévus par la politique de réforme et d'ouverture, étaient d'augmenter la productivité du pays et d'améliorer la qualité de vie des citoyens chinois. Le gouvernement n'avait pas prévu d'établir une économie de marché car, ce concept était considéré comme contraire aux principes communistes en raison de l'importance accordée au capital. Cependant, avec le démembrement de l'Union soviétique et les changements de la société de l'époque, le Parti communiste a pris conscient de la nécessité d'introduire une économie de marché socialiste, et a par conséquent adopté la Troisième Décision du troisième Plénum du quatorzième Congrès du Parti communiste[165]. Cette Décision de novembre 1993 constitue la clef de voûte de l'établissement de l'économie de marché en Chine, et a marqué le début d'une nouvelle phase dans le développement économique de la Chine.

Cette Décision est intervenue après la politique de réforme et d'ouverture, et avait pour mission d'améliorer le régime initial de la politique de l'économie planifiée. Elle a non seulement conçu le cadre général de l'économie de marché socialiste, mais et a émis de nombreuses propositions de programme politique, telles que l'établissement d'un nouveau régime des entreprises et d'un marché national unique et libéral, et l'amélioration du système de régulation et de contrôle macro-économique. La Décision a également mis en avant le

[165] Compte rendu du 3e Plenum du 14e Congrès du Parti communiste chinois (中國共產黨第十四屆中央委員會第三次全體會議) du 14 novembre 1993, disponible en chinois sur http://cpc.people.com.cn/BIG5/64162/134580/137920/index.html, consulté le 8 janvier 2018.

principe de rendement (*efficiency*) et d'équilibre des capitaux, et a encouragé le peuple chinois à prendre exemple sur les nouveaux riches afin de permettre au pays de prospérer.
À partir de 1994, la Chine a connu une phase transitoire, et a tenté de remplacer la politique d'économie planifiée par celle de l'économie de marché. Contrairement à la théorie « *traverser la rivière en se tenant aux rochers* » de Deng Xiaoping, la Décision, citée ci-dessus, met l'accent sur l'importance de la coordination entre différents aspects des réformes[166].

B. Introduction de l'économie du marché socialiste inspirée des expériences soviétiques

95. Leçons du démembrement de l'Union soviétique. Le démembrement de l'Union soviétique est survenu durant la dernière décennie du XXe. Il s'agit non seulement d'un moment fortement symbolique dans l'histoire mondiale contemporaine, mais aussi d'une période critique pour la Russie car, cette dernière a dû se détacher de son histoire soviétique afin d'entamer son chemin vers un futur inconnu. Ce démembrement de l'Union soviétique constitue, aux yeux du monde, la preuve concrète du manque de viabilité du système communiste à long terme. Subitement, les gouvernements ont commencé à changer leur politique économique nationale, en diminuant leur participation au sein de l'économie de l'État[167]. C'est notamment l'attitude adoptée par le gouvernement chinois postérieurement à cet épisode tragique de l'idéologie communiste à laquelle la Chine est profondément attachée.
Pour devenir un État développé susceptible de concurrencer avec les puissances occidentaux, un État anciennement soviétique ne doit pas simplement changer son régime politique et se séparer de ses idéologies communiste, car l'instauration d'un Etat économiquement développé exige un processus transitoire vigoureux de création d'un nouveau système à part entière, à savoir l'instauration d'un marché compétitif et de la propriété privée, tout en préservant l'ordre public[168]. La Chine s'est inspirée de ses enseignements pour préparer sa propre phase transitoire afin d'éviter les erreurs commises par les anciens Etats de l'Union soviétique, et a ainsi insisté sur le caractère « socialiste » de son économie de marché.

---

[166] Régime fiscal, régime du management, régime de ménage.
[167] 王文杰, *op. cit.,* p. 227.
[168] 波兹南斯基, "共產主義後制度瓦解的轉軌是島制東歐地區經濟率退的原因", *經濟社會體制比較*, vol. 6, 2001, p. 70.

C. Transition fondée sur la stabilité politique et la sauvegarde de l'ordre public

96. Transition progressive. Cette transformation vers une économie de marché n'a été ni une transposition pure des modèles occidentaux ni une modification simple de la politique économique existante. Le gouvernement a préféré opter pour une transition progressive à partir de l'ancienne économie planifiée vers l'économie de marché. Ce retrait à petit pas du système de contrôle centralisé du milieu économique n'ouvre pas systématiquement la porte à une économie de marché et un soubresaut d'un système à un autre présente un risque d'envergure pour le futur du pays. La difficulté n'est donc pas le retrait de l'ancien système, mais de la façon dont un pays doit entrer dans une économie de marché.

97. Conséquences négatives d'une transition douce. Durant la politique de réforme et d'ouverture, que ce soit sur le sujet de la structure politique ou de l'organisation économique, les domaines de l'économie nationale, de la finance, des impôts, de la protection sociale ne nécessitaient pas d'être réformés en profondeur, contrairement aux besoins de la société d'aujourd'hui. En raison du nombre de problèmes dans les domaines cités ci-dessus, les réformes à effectuer sont d'une complexité redoutable. Cependant, ayant préféré la stabilité au changement, le gouvernement a choisi de retarder les réformes durant la période de réforme et d'ouverture. Cette décision d'inaction n'a non seulement pas résolu les problèmes existants, mais elle les a rendus plus compliqués, créant ainsi des opportunités de corruption pour les autorités[169]. En effet, les problèmes que la Chine rencontre de nos jours sont des vestiges des mauvaises manœuvres effectuées par le gouvernement chinois durant de la phase transitoire vers une économie de marché. Face à ces problèmes de grande envergure, l'attention doit être portée au rôle du droit, à la méthode de transposition de modèles étrangers, et à l'application du droit au sein du territoire chinois.

II. Une réforme constitutionnelle nécessaire pour adopter l'économie de marché socialste

98. Nécessité d'une réforme constitutionnelle. Une réforme constitutionnelle exige deux éléments constitutifs *sine qua non* : un élément factuel et un élément intentionnel. L'élément

[169] 王文杰, *op. cit.*., p. 228.

factuel désigne la répétition des décisions constitutionnelles sur le même sujet de droit, et l'élément intentionnel est la présence d'un consensus au sein de la volonté générale du peuple chinois[170]. Une réforme juridique nécessite en effet une volonté de changer une structure juridique existante. Dans un État ayant adopté la politique d'économie de marché, lorsque le régime juridique n'est pas en corrélation avec le fonctionnement de l'économie de marché, une réforme juridique est inévitable afin d'assurer le développement durable et à long terme de l'économie de marché. Cette vision est le prérequis de toute réforme du droit économique, et surtout du droit des investissements directs étrangers en Chine.

Ainsi, face à cette situation, le gouvernement a été contraint de modifier sa Constitution afin d'introduire l'économie de marché socialiste en tant que principe directeur du développement économique (A), pour que l'économie chinoise respecte à terme les caractéristiques d'une économie de marché (B). Ce changement de politique a également eu des influences profondes sur le régime des investissements directs étrangers qui ont été considérées comme positives pour les investisseurs étrangers souhaitant venir en Chine (C).

A. Transformation nécessaire de la Constitution chinoise sous l'économie de marché

99. Rôle initialement insignifiant de la Constitution. Depuis l'avènement de la République populaire de Chine en 1949, et sous la pression internationale, le gouvernement a essayé de résoudre en priorité les questions relatives à la détermination des droits et libertés du peuple et de la limite du pouvoir étatique. Cependant en raison de l'objectif du gouvernement de développer son économie nationale et de l'application de la politique de planification économique, la Constitution ne jouait qu'un rôle insignifiant en raison du lien étroit qui existait entre l'économie, le droit et la politique.

Après la politique de l'ouverture et de réforme, l'adoption éventuelle de l'économie de marché était de plus en plus promue par le gouvernement chinois, produisant ainsi un changement de la valeur juridique de la Constitution et des principes constitutionnels au sein de la Chine. En raison de la rapidité des changements sociaux et économiques, le gouvernement chinois a choisi de moderniser la structure politique et juridique de la Chine, d'abord par le biais de mesures politiques, avant de faire intervenir le pouvoir législatif dans le secteur nouvellement reformé. En effet, selon le la logique du gouvernement, en raison de

[170] 蔡前紅，"論憲法變遷"，*中國法學*, vol. 2, 2001, p. 66.

la nature rigide et perpétuelle de la loi, cette dernière ne devait intervenir qu'une fois que la réforme avait atteint un niveau suffisamment stable.

Cependant, il ne faut pas oublier que la Chine est un État qui est en développement constant depuis la déclaration de la politique d'ouverture et de réforme en 1978. Ainsi, malgré le fait que le pouvoir législatif ait attendu un certain stade de la réforme avant d'adopter des lois, ces dernières avaient souvent du retard par rapport à la société qu'elles étaient censées régir, ce qui les rendait inapplicables dès le moment de leur publication. Ce problème portant sur l'applicabilité pratique de la loi concerne également la Constitution qui, dès sa conception, n'était pas en corrélation avec la réalité socio-économique de l'époque. Se pose donc la question de savoir comment instaurer un respect absolu de la Constitution qui encouragerait le développement économique et l'application d'une économie de marché.

100. Nécessité accrue d'une réforme constitutionnelle. Depuis l'adoption de la politique de réforme et d'ouverture en 1978, la Chine pousse à une libération de la politique économique et à l'adoption d'une économie de marché, ce qui entraîne inévitablement un abandon de la politique d'économie planifiée. Cependant, en raison de la logique « *traverser la rivière en se tenant aux rochers* » de Deng Xiaoping, l'économie chinoise était dépourvue de ligne directrice claire et concise concernant la réforme, et avec la rapidité du développement économique, cette ligne directrice était d'autant plus difficile à déterminer. Cette absence de vision sur l'économie du pays créait non seulement des conflits internes, mais était également la raison principale de l'effondrement de nombreux pays soviétiques[171].

101. Un principe à valeur constitutionnelle. Ce n'est qu'en 1993 que la Chine a rempli sa promesse d'adapter sa Constitution à la situation économique réelle de la Chine et a inscrit l'établissement d'une économie de marché comme principe directeur du développement du droit chinois, ce qui a ouvert la voie à une phase transitoire durant laquelle le développement du système juridique chinois dépendait des changements et évolutions d'économie du pays. Durant cette période, la structure de l'État et les moyens de production individuelle ont subi des transformations constantes. Des idéologies et principes anciens, présents au début de la période transitoire, ont graduellement été effacés jusqu'à atteindre l'éradication complète de toute influence issue de l'ancien système d'économie planifiée.

Un des changements principaux porte sur l'article 15, qui a remplacé l'énoncé « *L'État pratique une économie planifiée fondée sur le système socialiste de la propriété publique. Par l'équilibre global des plans économiques et par le rôle régulateur et complémentaire*

[171] 王文杰, *op. cit.*, p. 229.

que joue le marché, l'État assure le développement harmonieux et proportionné de l'économie nationale. Il est interdit à toute organisation ou à tout individu de troubler l'ordre économique de la société et de saboter les plans économiques de l'État »[172] par « *L'État met en œuvre l'économie socialiste de marché. L'État met en œuvre la législation économique, il réalise les ajustements et les contrôles macro-économiques, et il interdit conformément à la loi, à tout groupe ou à tout individu, de troubler l'ordre socio-économique* »[173]. À la date de cet amendement constitutionnel, la Chine avait déjà entamé une réforme nationale depuis un certain temps. Cette réforme constitutionnelle consistait en une ratification solennelle de la politique d'économie de marché, et annonçait officiellement l'importance du rôle de la loi dans l'avènement de l'économie de marché. Cet article constitue non seulement un fondement constitutionnel pour la politique d'économie de marché, mais crée également une base juridique indispensable pour les lois ultérieures qui régissent le domaine de l'économie chinoise. Ainsi, l'économie de marché et la loi sont devenues désormais deux éléments indissociables.

102. Limitation du pouvoir économique du gouvernement par la Constitution. Selon le philosophe politique Thomas Hobbes, la liberté est « *l'absence d'obstacles extérieurs, lesquels peuvent souvent enlever une part du pouvoir d'un homme pour faire ce qu'il voudrait, mais ne peuvent pas l'empêcher d'user du pouvoir restant, selon ce que son jugement et sa raison lui dicteront* »[174]. Cependant, dans une société, cette liberté ne peut pas être absolue en raison de la loi de nature[175], et « *parce que la condition de l'homme est d'être dans l'état de guerre de chacun contre chacun* »[176]. Par conséquent, chaque sujet consent volontairement « *à se démettre de ce droit sur toutes choses, aussi longtemps qu'il le jugera nécessaire pour la paix et sa propre défense ; et qu'il se contente d'autant de liberté à l'égard des autres hommes qu'il en accorderait aux hommes à son propre égard. Car aussi longtemps que chaque homme détient ce droit de faire tout ce qui lui plaît, tous les hommes sont dans l'état de guerre* »[177].

---

[172] Constitution chinoise de 1982, disponible en français sur http://mjp.univ-perp.fr/constit/cn1982.htm, consulté le 15 août 2017.
[173] *ibid.*
[174] Hobbes (T.), *Léviathan*, 1651, Chapitre XIV, p. 111, disponible en français sur http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/leviathan/leviathan_partie_1/leviathan_1e_partie.pdf, consulté le 8 janvier 2018.
[175] La Loi de nature est "*une règle générale, découverte par la raison, par laquelle il est interdit à un homme de faire ce qui détruit sa vie, ou lui enlève les moyens de la préserver, et d'omettre ce par quoi il pense qu'elle peut être le mieux préservée*", T. Hobbes, *Léviathan*, Chapitre XIV, 1651, p. 112
[176] T. Hobbes, *op. cit.*, p. 112.
[177] *Ibid.*

La législation économique annoncée par la Constitution de 1983 s'est probablement inspirée des enseignements de Thomas Hobbes. En effet, il a fallu attendre que la Constitution soit devenue un texte à valeur juridique primordiale et adaptée à la situation économique de la Chine pour que les acteurs économiques puissent participer avec aisance dans le développement de l'économie de marché[178]. En établissant la politique d'économie de marché, la réforme constitutionnelle de 1993 a affirmé les principes directeurs suivants : la recherche de la libération du marché, la reconnaissance de la propriété individuelle, la légitimation des intérêts multiples de la population et le renforcement de la valeur de la loi. C'est ce remplacement de la politique d'économie planifiée par l'économie de marché sur le plan constitutionnel qui a donné une impulsion réelle dans le développement économique du pays, entraînant par la même un accroissement conséquent du nombre d'investissements directs étrangers en Chine.

L'introduction de l'économie de marché dans les années 1990 a mis l'accent sur le développement du pays afin d'éviter toute paralysie de l'idéologie révolutionnaire, et ceci, conformément à la citation de Deng Xiaoping : « *le développement est une nécessité absolue* »[179]. Afin d'avoir une base solide pour son développement économique tout en sauvegardant le pouvoir économique du gouvernement central, cette procédure de libération du marché économique annoncée par la Constitution est accompagnée d'une procédure de « socialisation de marché », c'est-à-dire d'un système économique dans lequel le libéralisme économique coexiste avec le contrôle politique autoritaire, et dans lequel les moyens de production sont détenus par l'État même si les entreprises maintiennent leur indépendance dans leurs prises de décision[180]. Dans le but de s'adapter à cette transformation de politique économique vers une économie du marché, la société chinoise était devenue une société en transformation, ce qui entre souvent en contradiction avec l'omniprésence du gouvernement dans la vie économique et sociale du pays. Un des moyens les plus efficaces pour résoudre cette contradiction éventuelle est l'instauration d'un système juridique qui répondrait aux exigences d'une économie du marché. La frontière entre le gouvernement et le marché chinois est définie dans la Constitution. Cette dernière donne un cadre général qui inclut l'avènement d'une économie de marché, l'établissement d'un contrôle macro-économique, le respect du principe d'égalité, la réalisation de l'État de droit. Ce cadre constitutionnel

[178] 汪丁丁，*在經濟學與哲學之間*，*中國社會學出版社*，1996, p. 193.
[179] http://cpc.people.com.cn/GB/64162/82819/143371/8818522.html, consulté le 15 janvier 2017.
[180] Fabbri (M.), “"Socialist market economy" or just plain capitalism?”, *In Défense of Marxism*, 20 janvier 2006, disponible sur http://www.marxist.com/china-socialist-market-economy200106.htm, consulté le 6 mai 2017.

détermine non seulement la limite du pouvoir économique du gouvernement, mais désigne également le seuil du pouvoir législatif dans le domaine économique. Avec cette nouvelle constitution, le pouvoir législatif peut légiférer dans le domaine économique, mais ce pouvoir doit être exercé conformément aux dispositions de la Constitution. La révision constitutionnelle de 1993 constitue donc un tournant de la réforme économique car, elle déclenche la mise en place de l'économie de marché, et a permis aux gouvernants de créer un environnement favorable au développement des entreprises individuelles qui pourraient profiter d'un système économique qui s'orienterait vers une libre concurrence[181].

103. Un droit en phase avec la situation économique. Le bon fonctionnement de l'économie du marché en Chine est dû à son encadrement par le pouvoir législatif. Le droit n'était pas un composant propre de l'économie nationale, mais un élément extrinsèque de cette économie. Si le droit ne répond pas aux besoins réels du marché, ou si la législation est en avance ou est en retard par rapport au développement de la société, alors elle deviendrait déconnectée de la réalité, ce qui pourrait soit engendrer une difficulté dans son application, soit déformer les demandes concrètes du marché[182]. C'était ce risque de manque de coordination entre la législation et la réalité que rencontrait la Chine durant la phase de transformation vers une économie du marché[183]. Actuellement, malgré le fait que la Chine prétende être une économie du marché, son droit est principalement dirigé par le Parti sans consultation au préalable d'acteurs économiques, ce qui explique la déconnexion entre le droit et la réalité économique.

Durant la période transitoire vers l'économie de marché, le problème à résoudre concerne l'applicabilité du droit chinois aux transactions au sein du marché car, le modèle ancien du système juridique, fondé sur une concentration du pouvoir n'a pas pu apporter de solution. Ainsi, il était primordial que le législatif ait une connaissance approfondie des différents systèmes juridiques étrangers, et s'inspirent des expériences des États occidentaux pour établir un régime juridique qui serait en phase avec la situation économique réelle de l'époque. Cependant, la Chine avait conscience du danger d'une imitation ou d'un transfert d'un système occidental au sein de la Chine car, elle savait que le nouveau régime devrait remplir deux autres conditions : satisfaire les exigences qui sont spécifiques à la Chine et être en lien avec le reste du monde. La première condition portant sur le respect des

[181] *ibid*, p. 82.
[182] 王文杰，*op. cit.*, p. 230.
[183] 周漢華，*變法模式和中國立法法*，中國設會科學出版設，novembre 1996, p. 193.

spécificités chinoises exige que le droit corresponde à la politique d'ouverture et de réforme et au développement de l'économie de marché[184]. La seconde concernant le lien avec le reste du monde exige que ce droit national inclue des idéologies, principes et notions juridiques communément admis par la communauté internationale[185].

Au travers de ces trente ans de transition, nous pouvons constater l'impossibilité pour un État d'atteindre toutes ses ambitions en même temps car, une hiérarchisation des différents buts est primordiale pour que le développement du pays se fasse de manière logique et organisée. De nos jours, la Chine se trouve dans une phase de son évolution dans laquelle le souci du développement économique est au centre de ses efforts, et afin d'atteindre ce but, elle doit tout d'abord chercher à réunir des conditions spécifiques pour devenir une économie de marché.

B. Respect des caractéristiques essentielles d'une économie de marché

104. Attitude ouverte envers les investissements étrangers. La transformation du droit des investissements directs étrangers désigne la procédure permettant au droit des investissements directs étrangers chinois de passer d'une économie planifiée à une économie de marché. Certes, chaque État ayant adopté une politique d'économie de marché a sa propre spécificité et les droits des investissements directs étrangers sont également divers et variables. Cependant, des caractéristiques communes doivent être présentes pour que l'État et le droit des investissements directs étrangers en cause respectent les exigences communes d'une économie de marché.

Conformément au droit international, la décision portant sur l'octroi d'une autorisation d'accueillir un investissement étranger dans un territoire étatique et la détermination des secteurs ouverts pour un tel investissement sont de la compétence du pays d'accueil. Ainsi, les États ayant une économie planifiée ont une attitude complètement différente de celle des États ayant une économie de marché : les économies planifiées adoptent une attitude restrictive vis-à-vis des investissements étrangers et préfèrent limiter, voire prohiber, des opérations d'investissements étrangers spécifiques dans certains secteurs clefs du pays, afin de garantir la place éminente de la planification économique et des capitaux d'État au sein de l'économie nationale. Les économies de marché préfèrent une attitude ouverte envers les

[184] 王文杰，*op. cit.*, p. 231.
[185] *Ibid.*

investisseurs étrangers et promouvoir la liberté d'investissement, permettant aux investisseurs étrangers d'opérer dans la majorité des secteurs économiques, y compris ceux qui influent directement la vie de son propre peuple.

105. Diversité dans les formes et les types d'investissements directs étrangers. Afin de protéger la place avantageuse des capitaux d'État sur le marché national, les économies planifiées limitent le nombre de formes d'investissements directs étrangers possibles. Par exemple, au début des années 1980, de nombreuses économies planifiées, telles que celles de la Chine, de la Corée du Nord et des pays de l'Est, ne permettaient aux investisseurs étrangers que de former des EJV. Les États ayant une économie de marché n'émettent pas de restriction quant à la forme des opérations d'investissement direct étranger et permettent aux investisseurs étrangers de choisir la forme d'investissement qui leur semble propice à leur entreprise.

106. Application obligatoire du traitement national. En raison du respect absolu de la planification étatique au sein d'une économie planifiée, il est souvent inévitable que certains secteurs de l'économie soient négligés par le gouvernement. En effet, le ressortissant national n'est pas l'élément essentiel du marché dans une économie planifiée, il n'est qu'un simple exécutant des mesures politiques du gouvernement. Ne pouvant pas attirer les investisseurs étrangers par l'application du traitement national, les économies planifiées appliquent souvent le « traitement supranational » (超國民待遇, *Chāo guómín dàiyù*)[186] ou le « traitement infranational » (次國民待遇, *Cì guómín dàiyù*)[187] aux investisseurs étrangers. Alors que pour les États ayant adopté une économie de marché, l'importance doit être portée sur la recherche de l'égalité entre les acteurs économiques au sein du marché. Est ainsi appliqué aux investisseurs étrangers le traitement national.

107. Conformité du droit national aux règles internationales en vigueur. Au sein d'une économie planifiée, le droit économique doit non seulement s'adapter à la planification

[186] Le traitement supra-national octroie aux investisseurs étrangers un traitement plus avantageux que celui des ressortissants nationaux. Voir Wei Wang, "Super-Nation Treatment: A Misconception or a creation with Chinese Characteristics?", *Front Law China*, 2010, 5(3), pp. 376-396, disponible sur http://www.law.fudan.edu.cn/cn/UploadFiles/2014-11/admin/2014112715101523323.pdf, consulté le 1 août 2017.

[187] En Juin 1995, la Chine a publié les « Mesures provisoires sur le guide des investissements étrangers » et le « Catalogue des Industries ouvertes aux investissements étrangers », et a déterminé les secteurs et domaines qui interdisent ou restreignent les projets d'investissement étranger. Selon la pratique, les domaines portant sur la sécurité nationale et les intérêts publics ont toujours été interdits aux investisseurs étrangers, ou strictement réglementés. Pour le secteur des services, bien que durant ces dernières années la Chine a ouvert les secteurs de la finance, du commerce, du transport et d'autres industries aux investisseurs étrangers, mais de nombreuses limitations subsistent en termes de la localisation, le nombre d'actions et le champ d'activité. Ces mesures qui sont considérées comme nécessaires aux yeux du gouvernement chinois, sont en contradiction avec les engagements pris par la Chine dans le cadre de l'OMC.

économique, mais doit également être mis au service de l'autorité planificatrice. Ainsi, il est difficile que le droit économique national tende vers une uniformisation avec les standards internationaux. Une économie de marché doit s'appuyer sur l'exploitation du marché national et du marché international, il est donc indispensable que les normes nationales et les normes internationales soient uniformisées ou, au moins, harmonisées, pour que les deux marchés puissent interagir et évoluer simultanément.

108. Importance des principes essentiels de l'OMC. Le moyen le plus simple pour que les critères exigés pour qu'un droit des investissements directs étrangers soit conforme à la nature même d'une économie de marché est de suivre et de respecter les grands principes de l'OMC. En effet, la libéralisation du commerce et un commerce sans discrimination sont deux principes fondamentaux qui inspirent le système commercial de l'OMC[188]. Les deux premières caractéristiques du droit des investissements directs étrangers au sein d'une économie de marché, c'est-à-dire l'ouverture du marché national aux investissements étrangers et la diversification des formes d'investissements étrangers, ne sont en réalité que des extensions du principe de la libéralisation du commerce. Les deux dernières caractéristiques citées ci-dessous, qui sont le traitement national et la conformité aux règles internationales, sont des éléments constitutifs du principe du commerce sans discrimination. Ainsi, en respectant strictement les dispositions de l'OMC, un droit des investissements directs étrangers remplirait systématiquement les exigences d'une économie de marché.

109. *Quid* du droit des investissements directs étrangers chinois ? L'économie de marché est le système de base de l'ensemble du marché mondial. Les États qui ont anciennement appliqué l'économie planifiée tentent désormais de se transformer progressivement en des économies de marché afin d'avoir l'opportunité d'occuper une place au sein du marché mondial. En effet, depuis le milieu des années 1980, la recherche de l'économie de marché est devenue une approche commune des différents droits des investissements directs étrangers nationaux. Afin de se transformer en une économie de marché, la réforme constitutionnelle en 1993 précédemment étudiée a également ajouter à l'article 7 de la Constitution la nécessité de « *renforcer le travail législatif dans le domaine économique, et parfaire son système de contrôle et de régulation macro-économique* »[189].

Entre 1979 et 1992, le gouvernement a successivement mis en œuvre la politique d'économie planifiée, puis la politique d'économie planifiée de marché. Les lois portant sur les

[188] OMC, « Les principes qui inspire le système commerciale », disponible sur https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact2_f.htm, consulté le 1 août 2017.
[189] Article 7 de l'amendement à la Constitution chinoise, adopté le 29 mars 1993.

investissements directs étrangers qui étaient adoptées sous cette période revêtent inéluctablement une forte coloration planificatrice dont témoigne l'attitude circonspecte que les autorités doivent adopter durant les phases de demande d'autorisation et de constitution des entreprises à participation étrangère, et par l'octroi de traitements supranational et infranational aux investisseurs étrangers souhaitant s'établir en Chine. Ce n'est qu'à partir de 1993, que les finalités essentielles du droit des investissements directs étrangers sont devenues l'ouverture d'autres secteurs d'industrie aux investissements directs étrangers, la diversification de formes pour les investissements directs étrangers, l'application progressive du principe du traitement national et le respect des engagements internationaux.

C. Conséquences de la transformation du droit des investissements directs étrangers

110. Un accroissement des investissements étrangers suivi d'une amélioration du droit. La transformation du droit des investissements directs étrangers a apporté des conséquences remarquables dans la sphère économique chinoise, non seulement vis-à-vis des investisseurs étrangers, mais également sur le plan juridique. Il est communément admis que l'amélioration du droit des investissements directs étrangers chinois est un des éléments essentiels qui a contribué à l'accroissement constant des investissements directs étrangers[190]. En effet, la transformation du droit des investissements directs étrangers à partir de 1992 a permis de donner une garantie aux investisseurs étrangers, en donnant un élan supplémentaire aux investissements directs étrangers.

111. Diversification de l'environnement des investissements. L'amélioration du droit des investissements directs étrangers a aussi contribué à la diversification des formes d'investissements directs étrangers permises en Chine. Durant les 20 premières années de la politique de réforme et d'ouverture, les investissements directs étrangers venaient principalement de Hong Kong, Macao et de Taiwan, c'est-à-dire de pays de culture chinoise, et lorsque ces investissements venaient d'un État occidental, les investisseurs responsables desdits investissements étaient souvent d'origine chinoise[191]. Ce n'est pas le régime juridique des investissements directs étrangers qui a attiré ces premiers investisseurs

[190] Howson (N. C.), "Flood of Legislation Clears the Way for New Corporate Forms - But Are They Worth It?", *China Joint Venturer*, Vol. 2, N°10, 1997, p.8.
[191] Thompson (G. F.), "Perspective on Governing Globalisation", in A. H Quershi (dir.), *Perspectives in International Economic Law*, Kluwer Law International, 2002, p. 36.

étrangers. Ces derniers étaient conscients de l'instabilité de l'environnement des investissements étrangers et du caractère incomplet du système juridique de l'époque, mais malgré cela, ils ont accepté ce risque juridique car, leur connaissance profonde de la société et de la culture chinoise leur a permis d'opérer en présence d'un milieu dépourvu de règle normative.

Depuis 1993, des efforts supplémentaires ont été entamés pour attirer non seulement des investissements des pays à culture chinoise (Hong Kong, Taiwan, Thaïlande, Vietnam, etc.), mais également ceux des pays occidentaux économiquement développés (Japon, États-Unis, États européens, etc.)[192]. En comparaison avec les investisseurs étrangers de culture chinoise, les investisseurs occidentaux cherchent uniquement à faire du profit économique, et portent une plus grande importance à l'avènement d'un régime juridique des investissements directs étrangers caractéristique d'une économie de marché. Cet environnement a su satisfaireles demandes des investisseurs occidentaux de longue date, et a contribué par conséquent à l'accroissement du nombre d'investissements des pays occidentaux[193]. À partir de juillet 1997, en raison de la crise économique asiatique, les investissements étrangers des pays asiatiques ont considérablement été réduits. Cependant, la Chine a conservé sa capacité à absorber des capitaux étrangers.

112. Amélioration de la qualité des investissements étrangers. Cette mutation du droit des investissements directs étrangers a non seulement augmenté la quantité d'investissements étrangers, mais a également amélioré la qualité desdits investissements. Durant la vague de croissance économique et la multiplication des investissements étrangers, le gouvernement a porté une attention particulière à la qualité des investissements et, avec le renforcement du traitement national, les entreprises à participation totalement chinoise sont devenues de plus en plus compétitives sur le marché national, forçant ainsi les investisseurs étrangers à inclure des technologies avancées ou de gestion, surtout s'ils comptent s'établir dans les zones côtières de l'Est. En effet, la raison pour laquelle les entreprises de grande envergure, surtout les multinationales, détiennent une place avantageuse sur le marché chinois et sont plus compétitives est leur savoir-faire dans le secteur des technologies avancées ou leur expertise en gestion d'entreprise. Les petites et moyennes entreprises à participation étrangère sont, quant à elles, limitées à une part résiduelle du marché, et doivent se focaliser sur la qualité de leurs investissements. Cette

[192] "Further Expanding Opening and Utilisation of Foreign Capital", *Pékin Review*, vol. 41, n°37, 1988, p. 13.
[193] Bassolini (F.), "China Opens its Doors", *China Economic Review*, vol. 8, n°10, 1988, p. 29.

concurrence du marché a contribué à l'amélioration de la qualité de l'ensemble des investissements étrangers en Chine.

113. Amélioration du régime juridique des investissements étrangers. Avant 1993, les lois principales portant sur les investissements directs étrangers, c'est-à-dire la Loi sur les EJV de 1979, la Loi sur les CJV de 1988 et la Loi sur les WFOE de 1986, leurs règlements d'application et des textes normatifs portant sur la vie des entreprises à capitaux étrangers, formaient le cadre fondamental du droit des investissements directs étrangers. Ce dernier n'était en réalité qu'une version simplifiée du droit économique applicable aux entreprises chinoises.

Depuis 1993, avec la transformation du droit des investissements directs étrangers, le régime à double voie du droit économique a subi un changement drastique. En effet, avant la réforme de 1993, en raison de l'absence d'une procédure législative claire, de l'inapplication de la notion d'État de droit, de la multiplication incessante des textes normatifs portant sur le domaine spécial des investissements directs étrangers et sur le droit commun économique et de l'absence de coordination entre différents textes juridiques, un travail d'agencement des différents régimes du droit économique s'est avéré fortement nécessaire. À partir de 1993, les législateurs tentent de plus en plus à harmoniser le droit spécial des investissements directs étrangers et le droit commun économique, sans pour autant supprimer totalement cette distinction qui demeure présente dans certains cas[194]. En effet, il est inévitable que le modèle de double voie s'estompe de plus en plus avec le temps, mais une unification complète des deux régimes est cependant inconcevable car, l'existence d'un régime spécial des investissements directs étrangers reste nécessaire afin d'assurer une stabilité au sein de la sphère économique chinoise.

III. Effets de la mondialisation sur la structure du droit économique chinois

114. Plan. Les réformes effectuées au nom de la mondialisation se sont intensifiées avec, l'adhésion de la Chine à l'OMC, événement qui a le plus influencé l'environnement

[194] C'est notamment le cas des entreprises individuelles qui restent interdites aux entreprises à participation étrangère, conformément à la Loi sur les entreprises individuelles de la République populaire de Chine, adopté le 30 aout 1999 par le 11e Réunion du 9e Congrès National populaire, en vigueur depuis le 1 janvier 2000.

juridique chinois des investisements étrangers depuis l'ouverture de la Chine à l'extérieur (A). En effet, elle a eu pour effet d'obliger le gouvernement à rendre son droit national conforme aux nombreux principes fondamentaux de l'OMC et de normaliser son marché national afin de rendre son droit des investissements directs étrangers aussi libéral que ceux des pays économiquement développés (B).

A. Réception des règles du droit international avec l'adhésion à l'OMC

115. Une harmonisation encouragée par le phénomène de la mondialisation. En principe, la réception systémique d'un droit étranger se déroule à une étape spécifique dans le développement d'un pays. La première raison est d'ordre national, il s'agit du cas où le transfert d'un droit étranger dans un système juridique national s'avère être nécessaire car, le cadre juridique de l'État n'est plus adapté en raison du développement économique, surtout si cet État est devenu un pays transitoire qui vise un changement complet de régime économique. L'autre raison est d'ordre international, c'est le cas où les pressions extérieures poussent un pays à introduire des éléments d'un ou de plusieurs droits étrangers au sein de son système national. Cette pression externe peut être issue de quelques États étrangers ou de la communauté internationale dans un domaine spécifique du droit national, pour que ce dernier effectue des transferts ou des modifications afin de se conformer aux principes du droit international[195].

Le transfert et l'importation juridique ont été de plus en plus sollicités avant même la création de l'OMC. En effet avec la mondialisation de l'économie, le développement de l'informatique et, surtout, la démocratisation de l'internet, les différents États suivent un mouvement d'unification sociale, économique et culturelle, créant ainsi une harmonisation de droits nationaux sans précédent. De surcroît, grâce à la mondialisation, la frontière entre la politique nationale et la politique internationale devient de plus en plus poreuse, forçant les États à revoir leur place et leur rôle au sein de la scène internationale. Auparavant, les différentes nations cherchaient à élargir leur territoire national afin d'augmenter leurs moyens de production. Désormais, les États (du moins la majorité d'entre eux) ne cherchent, pour atteindre une place de choix dans les relations internationales, plus tant la conquête des terres étrangères que l'acquisition d'une part du marché économique mondiale[196]. Étant sur

[195] 呂志強，"中國經濟特區法律移植研究"，*法學科學*, vol. 6, 1994, p. 6.
[196] 王文杰，*op. cit.*, p. 326.

la même scène et ayant la même finalité, les États doivent suivre les mêmes règles du jeu, et c'est ainsi que l'harmonisation des droits nationaux est devenue une nécessité.

116. Une harmonisation accentuée par la création de l'OMC. Cette harmonisation est devenue une procédure nécessaire avec la création de l'OMC. Cette dernière exige que ses membres respectent les principes de l'organisation, qui ont été élaborés par les États démocratiques ayant les mêmes valeurs juridiques. Par conséquent, tous les États membres de l'OMC, surtout les États en voie de développement qui n'ont pas les mêmes culture et tradition juridiques que les États fondateurs de l'OMC, doivent s'engager à aligner leur droit national sur les règles de l'OMC, notamment par le biais de l'importation juridique de droits étrangers occidentaux. La Chine constitue un État en voie de développement qui doit modifier en profondeur son droit national, surtout son droit économique national, afin de se conformer aux exigences de l'OMC, tout en essayant de conserver ses propres spécificités. La création de l'OMC est donc un événement qui a accentué le mouvement d'harmonisation des règles du domaine économique. Cette organisation est non seulement un lieu de négociation pour que les gouvernements résolvent leurs conflits commerciaux, mais constitue également un organe de règlement des différends entre ses États membres. Après de nombreuses années de négociations, la Chine est devenue membre à part entière de l'OMC le 11 décembre 2001. Pour le gouvernement chinois, cette adhésion signifie une ouverture pluridimensionnelle de son marché économique national, passant d'une ouverture conditionnelle fondée sur des règles du droit national, à une ouverture quasi totale dont les conditions d'accès sont édictées par l'OMC. Initialement adepte d'une ouverture contrôlée par le gouvernement, l'OMC a contraint la Chine à abandonner sa politique d'économie planifiée (malgré le fait que la Chine se proclame être une économie de marché depuis 1993) pour devenir une économie réellement de marché dans lequel les acteurs économiques jouissent d'une liberté sans contrainte illégitime, et où les règles de droit priment sur les mesures politiques du gouvernement.

117. Changement du degré d'implication du gouvernement dans le marché. Grâce à ces trente années de réforme économique, le pouvoir absolu de la politique d'économie planifiée s'est de plus en plus affaibli, le contrôle étendu du gouvernement central sur l'économie nationale est de plus en plus limité, le système traditionnel de la propriété publique est remplacé par une multitude de propriétés différentes et l'économie de marché semble être en germe. En raison de cette nouvelle autonomie offerte au marché chinois, le gouvernement n'a plus à exercer un contrôle strict sur le fonctionnement du marché national. Les mesures politiques sont progressivement remplacées par des moyens législatifs, ce qui permet non

seulement de décharger le pouvoir exécutif d'une mission prenante, mais également d'améliorer le système juridique du pays[197].

B. Mise en conformité du droit chinois avec les règles de l'OMC

118. Eviction du système juridique chinois sur la scène internationale. Lorsqu'un conflit de systèmes juridiques entre plusieurs États survient lors d'un process d'harmonisation international législative, le droit d'un État économiquement puissant en sort souvent vainqueur, forçant les autres États ayant une législation nationale différente à adopter celle de l'État puissant. C'est le cas de l'OMC, dont les principes sont celles des systèmes juridiques occidentaux. Ainsi, dans le but de pouvoir être un membre de la scène économique internationale, et d'accéder à l'OMC. La Chine a été contrainte à rendre son droit conforme aux principes directeurs de l'OMC, a également été forcée à transplanter des notions juridiques issues de différents systèmes étrangers au sein de son droit économique national

119. Engagements de la Chine. Depuis son adhésion à l'OMC, la Chine tente de respecter ses engagements pris auprès de l'Organisation. En effet, l'article 16§4 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du Commerce de 1994 dispose que « *Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe* »[198], puis le paragraphe 5 du même article ajoute qu'il « *ne pourra pas être formulé de réserves en ce qui concerne une disposition du présent accord. Il ne pourra être formulé de réserves en ce qui concerne des dispositions des Accords commerciaux multilatéraux que dans la mesure prévue dans lesdits accords. Les réserves concernant une disposition d'un Accord commercial plurilatéral seront régies par les dispositions dudit accord* »[199]. La mission de rendre le droit chinois conforme aux principes directeurs de l'OMC pèse principalement sur les épaules des législateurs qui ont pour mission non seulement de créer des lois, mais également de détecter les dispositifs du droit chinois qui sont contraires aux principes de l'OMC, puis de les modifier ou supprimer. Ceci explique l'augmentation de la charge du travail législatif depuis l'adhésion de la Chine à l'OMC.

---

[197] 王文杰，*op. cit.*, p. 327.
[198] Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, disponible sur https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto_f.htm, consulté le 21 mai 2017.
[199] *ibid.*

120. Amélioration du régime des investissements directs étrangers. L'adhésion de la Chine à l'OMC a également encouragé le législateur chinois à effectuer des modifications et des adoptions législatives en droit des investissements directs étrangers. Parmi les modifications législatives se trouvent la modification de Loi des CJV sino-étrangères du 31 octobre 2000, celle de la Loi sur les WFOE du 31 octobre 2000, celle de la Loi sur les EJV sino-étrangères du 15 mars 2001, celle du règlement d'application de la loi sur les WFOE du 12 avril 2001, celle du Règlement d'application de la loi sur les EJV sino-étrangères du 22 septembre 2001, celle du Règlement provisoire du Catalogue pour l'orientation des investissements directs étrangers du 1er avril 2002, etc. Ces modifications législatives ont apporté un assouplissement supplémentaire dans la constitution et le fonctionnement des entreprises à participation étrangère (voir tableau n° 1).

121. Tableau n° 1. Quelques modifications du droit des investissements directs étrangers chinois postérieurement à l'adhésion de la Chine à l'OMC.

Respect des lois nationales par les entreprises à participation étrangère	La version initiale de la Loi sur les EJV sino-étrangères contenait un article 2§2 qui énonçait que « dans ses activités, l'EJV doit se conformer aux dispositions des lois, des ordonnances et des autres mesures de la République populaire de Chine ». Cependant, depuis l'adoption de la Loi sur la législation de 2000, font partie de la législation chinoise la Constitution, les lois, les règlements administratifs, les règlements locaux et les règlements autonomes. Les ordonnances ne constituent plus une source du droit chinois. Ce qui explique l'absence de la notion d'« ordonnances et d'autres mesures » dans la nouvelle formulation de l'article 2§2 de la Loi sur les EJV. Ce changement avait pour but de rendre plus accessible le régime juridique des investissements directs étrangers, respectant ainsi le principe de la prévisibilité et de l'accessibilité du droit de l'OMC.

Élargissements des secteurs ouverts aux investissements directs étrangers	Le règlement d'application de la Loi sur les EJV n'avait ouvert que 6 secteurs aux investissements directs étrangers. Avec le temps, d'autres secteurs ont été ouverts par le gouvernement sans intervention législative. En 1995, le gouvernement a adopté la première version du Règlement provisoire du Catalogue pour l'orientation des investissements directs étrangers. Ce même règlement a été modifié le 1er avril 2002. Conformément à ce Catalogue, les secteurs sont divisés en quatre catégories : encouragés, limités, permis et interdits, et les secteurs ouverts aux investissements ont été élargis.
Suppression de la condition selon laquelle une EJV doit apporter la preuve des avantages économiques éventuels à l'économie nationale chinoise lors de sa constitution.	L'ancien article 4 du Règlement de la Loi sur les EJV énonçait que la constitution d'une EJV ne peut pas être autorisée si l'EJV n'apporte pas de la technologie avancée ou un management moderne et efficace qui pourraient profiter à la Chine. Cependant, au sein d'une économie de marché moderne, le jeu de la concurrence entre les entreprises ne laisse subster uniquement celles qui disposent d'une technologie avancée, une disposition législative allant dans ce sens est donc inutile. La nouvelle version du Règlement a donc abrogé cette condition.
Changement de procédure d'autorisation et d'enregistrement des EJV	La réforme concerne principalement la simplification de la procédure de constitution des entreprises à participation étrangère par le biais de la suppression de nombreuses étapes procédurales.
Élargissement du pouvoir de gestion des entreprises à participation étrangère	La nouvelle version de la Loi sur les EJV et son Règlement d'application suppriment le département administratif (qui représentait le gouvernement) au sein des EJV qui détenait auparavant le pouvoir d'autorisation des décisions des dirigeants des entreprises. Désormais le pouvoir décisionnel des dirigeants n'est plus soumis à un contrôle étatique.

Suppression du quota de vente interne des produits des CJV.	Initialement, le régime des investissements directs étrangers exigeait que les biens qui étaient produits par une entreprise à participation étrangère soient principalement destinés à l'exportation, sauf en cas de nécessité exceptionnelle de la Chine. De surcroît, un régime fiscal préférencié était prévu pour les produits exportés. Avec cette modification, ces deux dispositions ont été abrogées. Les entreprises à investissements directs étrangers ont la liberté de choisir si leurs produits sont destinés à l'exportation ou au commerce national.
Possibilité pour le partenaire étranger d'assurer le rôle de directeur général de l'EJV.	La version 1979 de la Loi sur les EJV et son Règlement d'application n'ouvraient la possibilité d'être directeur général de l'EJV qu'au partenaire chinois. La modification de 1990 a supprimé cette restriction de la Loi sur les EJV, et en 2001 le législateur a supprimé cette exigence du Règlement d'application, ouvrant finalement ce statut aux partenaires de nationalité étrangère.
Ajout d'un mode de règlement des différends	La Loi sur les EJV n'ouvrait que deux modes de règlement de différends aux EJV : la conciliation et l'arbitrage commercial ; et seul l'arbitrage CIETAC était autorisé. Avec le Règlement modifié, non seulement le recours judiciaire étatique est ouvert, mais les arbitrages autres que CIETAC sont également autorisés.

122. Réforme insuffisante. Malgré ces modifications législatives, le droit des investissements directs étrangers suscite encore de nombreuses critiques de la part des praticiens et des universitaires car, il n'est pas entièrement conforme aux principes de l'OMC. Par exemple, l'existence du Catalogue contenant la liste des secteurs prohibés aux investissements directs étrangers est contraire au principe de la liberté de commerce ; le nombre de normes en matière des investissements rend le droit des investissements étrangers

directs inaccessible, ce qui est contraire au principe de prévisibilité de la loi ; la présence constante du Parti au sein de la vie économique du pays contrevient à la reconnaissance d'une réelle économie de marché. Ainsi, même si les modifications législatives survenues après l'adhésion de la Chine à l'OMC ont été utiles pour rendre le droit des investissements directs étrangers plus moderne et conforme au droit international, des efforts restent à réaliser par le législateur chinois.

Première conclusion : Hostilité du droit chinois des investissements directs étrangers expliquée par ses expériences historiques

Le cadre juridique des investissements directs étrangers a subi des soubresauts politiques du pays. D'abord soumis aux influences directes des puissances occidentales sous la dynastie Qing, le gouvernement chinois a regagné sa souveraineté législative pleine et entière dans le domaine économique, au point d'exercer un pouvoir de contrôle absolu sur les investissements directs étrangers durant la politique l'économie planifiée. Malgré ce regain total de souveraineté sous le gouvernement communiste, les gouvernants ont gardé une attitude méfiante vis-à-vis des capitaux étrangers, ce qui explique le caractère restrictif du droit chinois des investissements directs étrangers. Cette nature restrictive du régime des investissements directs étrangers s'est certainement affaiblie avec le temps avec les pressions internationales contemporaines en raison de l'adoption d'un droit de mondialisation, mais a tout de même su garder une importance non négligeable par rapport aux régimes juridiques des investissements directs étrangers des pays occidentaux.

CHAPITRE 2.

CADRE INSTITUTIONNEL ET JURIDIQUE DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ETRANGERS

123. Présentation introductive : un cadre « *à la chinoise* ». La spécificité principale du régime juridique de la Chine réside dans l'importance du Parti communiste chinois au sein du gouvernement. Étant un État à parti unique, le gouvernement chinois fonctionne de manière différente de ceux des États occidentaux. Le gouvernement communiste estime qu'elle dispose d'un système démocratique car, officiellement, les chefs d'État sont élus à l'issue d'une procédure de démocratie représentative, et les lois nationales sont votées par les représentants du peuple. Cependant, il est indéniable que son système démocratique nécessite des explications complémentaires, car il ne partage aucun point commun avec les systèmes juridiques (et politiques) connus en Europe ou aux États-Unis. Cette différenciation est d'autant plus considérable dans le domaine des investissements directs étrangers en raison de sa nature politique et de l'instrumentalisation du droit des investissements directs étrangers par le pouvoir politique. Il est donc primordial de comprendre l'organisation des pouvoirs étatiques (Section 1) et d'étudier la hiérarchie des normes adoptée par la Chine dans le domaine des investissements étrangers (Section 2).

SECTION 1. ORGANISATION DES POUVOIRS ET DES AUTORITES

124. Une organisation spécifique au régime communiste chinois. Un État communiste est un régime politique dans lequel un parti unique se réclamant du communisme exerce le monopole de la gestion des affaires publiques. En effet, « *la première caractéristique*

définissant un système communiste est le monopole qu'occupe le Parti communiste »[200]. Ayant adopté ce régime communiste, la Chine est un État centralisé à parti unique dont le pouvoir est concentré dans les mains du Parti communiste chinois situé à Pékin (I). Cependant, ayant conscience des limites d'un pouvoir centralisé au sein d'un État dont la superficie est 15 fois celle de la France, le gouvernement a décidé de procéder à une décentralisation du pouvoir législatif au profit des autorités locales afin de rendre le droit des investissements étrangers directs respectueux des spécificités concrètes de différentes localités (II).

I. Concentration des pouvoirs étatiques dans les mains du Parti communiste chinois

125. Plan. Malgré sa très large superficie, la Chine est un État centralisé et n'adopte pas le système fédéral des États-Unis (A). Cette centralisation est accentuée par l'exercice du pouvoir législatif par l'exécutif, même sans fondement juridique lui octroyant ce pouvoir (B) Cette centralisation du pouvoir législatif est d'autant plus considérable dans le domaine des investissements directs étrangers en raison de la finalité politique de cette branche du droit (C).

A. Supériorité du Parti communiste chinois sur l'État

1) Rôle esssentiel du Parti communiste chinois au sein de l'État

126. Histoire de la séparation chinoise des pouvoirs. Le régime politique de la Chine est d'inspiration occidentale. Il n'applique cependant pas aujourd'hui le principe de la séparation des pouvoirs de Montesquieu[201]. Cette vision des Lumières ne connaît en effet pas d'équivalence dans l'histoire chinoise des idées politiques[202]. Montesquieu reconnaissait

[200] Brown (A.), *The Rise and fall of communism*, Vintage Books, 2009, p. 105.
[201] "*Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particulier*" (Montesquieu, *De l'esprit et des Lois*, Paris, Gallimard, 1949, XI
[202] Chang (W. J.), "Traditional Chinese Legal Thought - Postcript", in *National Taiwan University Law Journal*, 25.4, 1996, p.22

lui-même cette situation dans son ouvrage *Esprit des Lois,* que « *la Chine est […] un État despotique dont le principe est la crainte. Peut-être que dans les premières dynasties, l'empire n'étant pas si étendu, le gouvernement déclinait un peu de cet esprit. Mais aujourd'hui cela n'est pas* »[203].

L'introduction de l'idée de séparation est envisagée au tournant du XXe siècle sous le règne du gouvernement nationaliste. Elle est le fruit d'une transplantation de l'Occident, mais ne reproduit pas le schéma traditionnel en trois pouvoirs. En effet, Sun Yat-Sen a choisi de s'en inspirer pour élaborer sa théorie politique, tout en proposant une nécessaire adaptation à la réalité chinoise : il énonce ainsi une division en cinq pouvoirs[204] qui constitue aujourd'hui encore le fondement du droit constitutionnel de Taiwan. Les institutions de la Chine continentale n'ont rien conservé de la doctrine de Sun Yat-Sen, mais ont préféré d'adopter une séparation organique tripartite entre le Parti communiste chinois, le gouvernement populaire central et l'Armée populaire de libération, les trois étant sous l'égide du Parti.

127. Organisation constitutionnelle de la séparation des pouvoirs. Il est incontestable que le Parti communiste chinois joue un rôle essentiel de direction en Chine, mais il est également indéniable que des efforts ont été faits pour que le pouvoir du Parti communiste soit exercé par le biais de mécanismes étatiques légalement admis. Ainsi, les dispositions de la Constitution de 1975 et celles de la Constitution de 1978 énonçant que le Parti constitue le cœur de direction du pays (*core leadership*) ont été abolies. La Constitution de 1982 ne mentionne donc plus directement le statut du Parti communiste[205], mais il n'en demeure pas moins que le Parti communiste détient toujours un pouvoir considérable dans les affaires de l'État et dans la vie quotidienne du peuple chinois.

De surcroît, certains soulignent l'existence d'une convention constitutionnelle non écrite selon laquelle le Parti détient le pouvoir de soumettre des recommandations pour la nomination des dirigeants étatiques[206]. Ainsi, pour assurer une séparation formelle organique du Parti communiste et du Gouvernement, la politique du parti est concrétisée en des règles

[203] Montesquieu, *De L'esprit des Lois,* Firmin Didot, Paris, 1862, disponible sur http://www.chineancienne.fr/17e-18e-s/montesquieu-de-l-esprit-des-lois-sur-la-chine/.

[204] Le Yuan exécutif, le Yuan législatif, le Yuan judiciaire qui fait office de cour constitutionnelle et supervise le fonctionnement des autres tribunaux, le Yuan des examens chargé du recrutement dans la fonction publique, le Yuan de contrôle dont le rôle est proche de celui de la Cour des comptes et dispose d'un pouvoir d'*impeachment* sur les agents publics.

[205] Le Parti est cependant nommé dans la Constitution sous le terme des "Trois représentations", et son importance est sans cesse rappelée dans les livres blancs du Conseil des affaires de l'État.

[206] Guo (D.), "Authority, Power or Rights: Some Consierations on the Relationship between the Party and the People's Congress", *Studies in Law*, n°1, 1994, p. 3.

de loi par le biais de la procédure législative. « *Il est ainsi clair que, dans le débat entre la souveraineté et le pouvoir de la loi, le Parti communiste chinois dispose de la souveraineté et le pouvoir de la loi lui est subordonné* »[207].

Malgré le contrôle intensif du Parti communiste chinois sur les affaires de l'État, le législateur a insisté à plusieurs reprises pour que la Constitution ne maintienne ni un système de parti unique ni un système de partis multiples. La Constitution chinoise a en effet mis en place un système de coopération multipartite et de consultation politique — la Conférence politique consultative du peuple chinois — afin de garantir un système socialiste avec des caractéristiques chinoises[208]. Officiellement, ce système de coopération multipartite et de consultation politique permettrait au Parti communiste chinois de consulter les partis démocratiques[209] sur des questions politiques essentielles de l'État et, en échange, ces partis démocratiques soutiennent le Parti communiste chinois dans l'adoption et la mise en œuvre des mesures politiques. Il s'agit en réalité d'un système qui garantit la suprématie du Parti communiste, car cette procédure est devenue une exigence de nature formelle sans impact réel sur le sort de l'État.

128. Le pouvoir législatif. Officiellement, la République populaire de Chine a donc adopté le principe du centralisme démocratique. Le gouvernement central est organisé selon les dispositions de la Constitution de la République populaire de Chine, adoptée le 4 décembre 1982. L'Assemblée nationale populaire est élue au suffrage indirect pour cinq ans par les Assemblées populaires locales, et doit se réunit annuellement pendant une période de deux semaines afin de procéder au vote des lois et du budget. Ainsi, en raison de son caractère représentatif, l'Assemblée national populaire se situe au sommet de l'organigramme étatique, et est dotée du pouvoir législatif, aussi bien que celui de nomination des gouvernants principaux de l'État. L'Assemblée nationale populaire est assistée dans sa mission législative par un comité permanent (常務委員會, *Chángwù wěiyuánhuì*) qui détient

[207] Bin (L.), *Droit chinois des affaires*, Larcier, 2013, p. 48.

[208] Voir les "Avis du Comité central du Parti communiste chinois concernant le maintien et le perfectionnement du système de coopération multipartite et de consultation politique » du 30 décembre 1989. Un nombre impotant de mesures politiques concernant la coopération multipartite a été adopté, tel que les Avis du Comité central du Parti communiste chinois sur le renforcement de la construction du système de coopération multipartite et de consultation politique (18 février 2005), le Livre blanc du Conseil des affaires de l'État concernant le système du parti politique chinois (novembre 2007), et les Avis du Comité central du Parti communiste chinois concernant le renforcement de la construction de la consultation démocratique (9 février 2015). Le dernier document apporte des éclaircissements.

[209] Les partis démocratiques sont des groupes élitistes, constitués d'élites intellectuelles et d'entrepreneurs, formés entre les années 1930 et 1940. Historiquement, ces groupes devraient être organisés sous forme de partis politiques et devenir un pouvoir d'influence, mais ils ne se sont pas battus ni pour avoir un tel pouvoir ni pour avoir le droit d'avoir une structure moderne de parti politique.

le monopole d'interprétation de la Constitution et des lois. Les membres du comité permanent sont élus parmi ceux de l'Assemblée nationale populaire pour toute la durée de la législature.

129. Le pouvoir exécutif. Le pouvoir exécutif est détenu par le Président de la République populaire de Chine (國家主席, *Guójiā zhǔxí*) qui est élu par l'Assemblée nationale populaire pour un mandat de cinq ans. Il joue un rôle essentiellement honorifique, car l'autorité administrative et le pouvoir réglementaire résident largement entre les mains du Conseil des affaires d'État (國務院, *Guówùyuàn*)[210]. Le Conseil des affaires de l'État est composé d'une quarantaine de membres dont une dizaine forme un comité permanent. Il est dirigé par le Premier ministre qui est nommé par le Président de la République populaire de Chine et approuvé par l'Assemblée nationale populaire.

En raison du rôle directeur dévolu au Parti communiste, chaque organe étatique possède son exact pendant dans la structure de celui-ci : un même organe est donc titulaire de deux pouvoirs[211]. Cette organisation, à laquelle s'ajoute l'absence de multipartisme et d'élection libre, révèle une concentration des pouvoirs caractéristique du régime socialiste[212].

2) Exercice du pouvoir par le Parti communiste chinois

130. Comité central du Politburo (中國共產黨中央政治局常務委員會**,** *Zhōngguó gòngchǎndǎng zhōngyāng zhèngzhì jú chángwù wěiyuánhuì*,). À première vue, la Chine, avec sa Constitution, son président, son Premier ministre, son gouvernement, et son Assemblée nationale populaire, posséderait un système institutionnel proche de celui de la France. Cependant, contrairement à la France, l'essentiel du pouvoir se situe en réalité au sein du Parti communiste chinois. Grâce aux nombreuses références constitutionnelles au Parti communiste, ce dernier exerce une tutelle complète et absolue sur tous les organes de l'État chinois[213], qui se démontre par le fait que le président de la République populaire de Chine est également le président de l'organe suprême du Parti communiste : le comité central du Politburo.

[210] Article 85 de la Constitution.
[211] ex. : de nombreux membres du conseil des affaires d'État sont également membres du Parti ou de son comité permanent.
[212] Beydon (O.), *op. cit.*, p. 75.
[213] Baïetto (T.), "Chine. A quoi sert le Congrès du Parti communiste ?", *Franceinfo,* 8 août 2012, *disponible sur* http://www.francetvinfo.fr/monde/asie/chine-a-quoi-sert-le-congres-du-parti-communiste_145269.html, consulté le 10 aout 2016.

Créé en 1927, le comité central du Politburo était initialement responsable d'exécuter les programmes politiques du Parti durant la période pré-révolution. Désormais, cet organe est devenu responsable pour la confirmation des nominations des membres de direction du Parti et de rendre légitime les décisions politiques essentielles de l'État. Avec la politique de réforme et d'ouverture de 1978, le Comité central est composé de dirigeants du Parti, du gouvernement et de militaires, et est devenu l'organe décisionnel de l'État chinois. Par exemple, il s'agit de la Troisième session plénière du 11e Comité central du Parti communiste chinois de 1978 qui a introduit la politique de réforme et d'ouverture. Dans le plénum du Comité central de 2016, l'attention principale a été portée sur le contrôle et la supervision disciplinaire des membres du Parti communiste afin de faire face à la corruption.

Le comité central du Politburo est composé de 9 ou 7 membres qui sont théoriquement élus lors du Congrès du national du Parti[214], mais qui sont en réalité choisis après tractations par les hommes forts du pays. Ce comité central du Politburo symbolise l'essence du pouvoir chinois car, il dirige non seulement le Parti communiste chinois, mais également la République populaire de Chine. Selon la Constitution du Parti communiste chinois[215], le Comité central représente non seulement le Parti communiste chinois sur la scène internationale, mais il est également un lieu d'échanges et de débat des idées politiques entre ses membres, aussi bien qu'un lieu de prise de décisions politiques sur des questions majeures du pays lorsque le Politburo n'est pas en séance[216]. Il s'agit en réalité de l'organe suprême du Parti communiste chinois, et par conséquent, l'organe suprême de l'État chinois. En raison du fait que l'Assemblée nationale populaire ne se réunit qu'une fois tous les cinq ans, le Comité central peut être convoqué de façon intérimaire pour prendre des décisions qui sont normalement du ressort du pouvoir législatif, ou pour légitimer les décisions prises par le pouvoir exécutif. Théoriquement le comité central du Politburo devrait uniquement soumettre des rapports au Politburo qui, à son tour, transmet ledit rapport au Comité central du Parti communiste chinois. Cependant, en pratique, ce comité central du Politburo agit comme l'organe décisionnel suprême de la Chine, et ses décisions ont *de facto* force de loi.

131. Congrès national du Parti communiste chinois (中國共產黨全國代表大會, *Zhōngguó gòngchǎndǎng quánguó dàibiǎo dàhuì*)**.** Le Congrès national du Parti communiste chinois est la plus haute instance du Parti communiste chinois qui se réunit tous les cinq ans au Palais

[214] Voir paragraphe suivant.
[215] Distincte de la Constitution de la République populaire de Chine.
[216] Article 22 de la Constitution du Parti communiste chinois, disponible sur http://www.china.org.cn/english/features/49109.htm#4, consulté le 10 aout 2016.

de l'Assemblée nationale populaire à Pékin. Lors de ce Congrès, les élites du Parti communiste déterminent les orientations majeures du pays, non seulement en matière de politique nationale, mais également dans les domaines des relations internationales, de la sécurité nationale, des réformes économiques et législatives, et de la propagande[217]. C'est principalement sur la base des résolutions adoptées lors de ces Congrès du Parti communiste chinois que l'Assemblée nationale populaire adopte ses lois.

B. Concentration des pouvoirs exacerbée par la délégation législative à l'exécutif

132. Une délégation contraire au domaine réservé à la loi. La délégation du pouvoir législatif désigne la procédure par laquelle l'autorité législative délègue une partie de son pouvoir législatif à une autre autorité, donnant force de loi aux actes et règlements adoptés par l'autorité bénéficiaire de la délégation. Le pouvoir législatif peut être délégué au bénéfice d'un pouvoir d'une autre nature, ou d'un organe inférieur. Cependant, avec l'absence de mécanisme de contrôle de la délégation du pouvoir législatif, la notion du domaine réservé de la loi perd tout son intérêt. En effet, conformément à la notion de domaine réservé de la loi, les domaines qui sont de la compétence exclusive de la loi ne peuvent pas être encadrés par d'autres normes juridiques adoptés une autorité différente de l'Assemblée nationale populaire. Or, la délégation législative de la République populaire de Chine bafoue totalement ce principe, car elle permet au pouvoir exécutif (principalement au Parti communiste) d'intervenir dans les domaines qui sont normalement réservés à la loi. Tel est le cas de l'économie et des investissements étrangers.

133. Délégation au bénéfice des pouvoirs exécutif et judiciaire. Théoriquement, le pouvoir législatif chinois est issu de la volonté du peuple en raison de l'aspect représentatif de l'Assemblée nationale populaire. Il s'agit d'un État socialiste centralisé, dont le pouvoir législatif est détenu par un organe unique. Cependant, dans la pratique, d'autres organes détiennent également le pouvoir législatif, tel est le cas du Conseil des affaires de l'État qui peut également adopter des normes ayant une valeur constitutionnelle ou législative, et de la Cour populaire suprême qui dispose également d'un pouvoir normatif avec le mécanisme d'interprétation judiciaire. Ces cas exceptionnels de délégation du pouvoir législatif ne sont pas prévus par la Constitution, mais par la Loi sur la législation, qui est une loi votée et

[217] Le Groupe central de la Propagande et de l'Idéologie (中央宣传思想领导小组), une agence du comité permanent du Parti communiste, est responsable de la politique de propagande en Chine. Actuellement le "chef de la propagande" est Liu Youshan.

adoptée par l'Assemblée nationale populaire. À noter que la Loi sur la législation n'a été adoptée que le 15 mars 2000, alors que le Conseil des affaires et l'État et la Cour populaire suprême exercent leur pouvoir législatif depuis l'avènement de la République populaire de Chine.

134. Remise en question de la nature du droit. Les difficultés principales portant sur la délégation du pouvoir législatif sont nées non seulement dans le cadre de l'économie de marché, mais également avec la politique de réforme et d'ouverture. En effet, ces initiatives politiques ont non seulement affecté tous les domaines de la société chinoise, mais ont également bafoué le système classique de la séparation des pouvoirs. Le Conseil des affaires de l'État commet ainsi de nombreux excès de compétence en légiférant hors du champ initialement délégué par l'Assemblée nationale populaire. La conséquence directe de ces excès de compétence est la diminution de légitimité des actes législatifs du pouvoir exécutif ou judiciaire, et le non-respect des caractéristiques essentielles de la loi, créant ainsi de nombreuses incohérences au sein du système juridique et menaçant le principe de l'unicité du droit chinois.

C. Instrumentalisation du droit des investissements étrangers par l'État chinois

1) Rôle central de l'État dans le secteur des investissements directs étrangers

135. Rôle de l'État dans le marché national. Le droit positif des investissements directs étrangers en Chine a pour finalité essentielle d'encourager les investisseurs étrangers à investir en Chine et de maintenir le contrôle étatique sur les investissements directs étrangers[218]. Le régime des investissements directs étrangers est fondé sur une éthique régulatrice dans lequel l'État constitue un agent du développement social et économique. Ce régime est par nature contraire à la politique économique libérale qui consiste à limiter tout pouvoir de l'État dans la vie économique du pays, en établissant un marché autorégulateur qui est régi par les règles de droit privé.

136. Exemples d'ingérence positive de l'État. Le rôle accentué de l'État au sein des investissements directs étrangers n'est pas nécessairement critiquable. Le développement

[218] Potter (P. B.), "Foreign Investment Law in the People's Republic of China : Dilemmas of State Control", *The China Quarterly*, n°141,1995, p. 155.

considérable de l'économie du Japon peut être attribué à l'influence des réseaux commerciaux locaux[219], ou à la culture néo-confucéenne qui met l'accent sur l'éducation et le succès individuel[220], mais de nombreux auteurs considèrent que l'économie japonaise a connu un tel essor après la Seconde Guerre mondiale grâce au rôle accru de l'État dans l'économie japonaise[221]. De même qu'en Corée du Sud, l'influence de l'État a pu transformer la structure de l'industrie nationale, qui constitue la base du développement économique dudit pays[222]. À Taiwan, un pays culturellement proche de la Chine, le gouvernement a également facilité le développement de l'économie nationale, en se faisant le médiateur des relations entre les investissements directs étrangers et les entreprises locales[223]. Au Singapour, le gouvernement a adopté un système politique qui est orienté vers l'économie de marché, mais qui vise également à réguler les investissements directs étrangers dans le but d'atteindre le développement économique national à long terme[224].

137. Conséquences positives de l'ingérence étatique sur le marché économique. Les critiques actuelles soutiennent que l'ingérence étatique au sein du marché aurait majoritairement des conséquences négatives. Cependant, cette affirmation a été remise en doute par les partisans de la théorie de la dépendance[225] qui adopte une approche complémentaire à la vision classique des relations entre l'État et les capitaux étrangers au sein des pays en voie de développement qui estime que le marché fonctionnerait mieux sans intervention étatique[226].

Cette théorie de la dépendance, qui est basée sur les pensées de Karl Marx et issue du champ des sciences sociales, soutient que la pauvreté, l'instabilité politique et le sous-développement des pays du Sud sont la conséquence naturelle de processus historiques mis

[219] Chen (E.) et Hamilton (G.), "Business groups and economic development", *Business Networks and Economic Developement in East and Southeast Asia*, Hong Kong, Center of Asian Studies, University of Hong Kong, 1991, p. 3.
[220] Potter (P. B.), "Foreign Investment Law in the People's Republic of China: Dilemmas of State Control", *The China Quarterly*, n°141, p. 155.
[221] Jonson (C.), "Political Institutions and economic performance: the government business relationship in Japon, South Korea, and Taiwan", *Asian Economic Development : Past and Future*, Berkeley, Institute of East Asian Studies, 1985, p. 63-89.
[222] Woo (J. E.), *Race to the Swift: State and Finance in Korean Industrialisation,* New York, Columbia University Press, 1991.
[223] Gold (T. B.), "Entrepreneurs, multinationals, and the state", in Edwin A. Winckler et Susan Greenhalgh (eds.), *Contending Approaches to the Political Economy of Taiwan*, Armonk, New York: M.E. Sharpe, 1990, p. 175-205.
[224] Regnier (P.), *Singapour: City-State in South East Asia*, Kuala Lumpur, S Abdul Majeed & Co., 1993.
[225]
[226] Bornschier (V.), Chase-Dunn (C.), and Rubinson (R.), "Cross-National Evidence of the Effects of Foreign Investment and Aid on Economic Growth and Inequality: A Survey of Findings and a Reanalysis", *American Journal of Sociology*, vol. 84, n°3, 1978, pp. 651-683.

en place par les pays du Nord ayant comme résultat la dépendance économique des pays du Sud. Les États en voie de développement devraient donc faire face à des impacts négatifs des investissements étrangers en raison d'une répartition inefficiente des ressources, de la diminution à terme des flux d'investissements étrangers et de l'inégalité des revenus[227]. Ainsi, dans un marché libre, les flux d'investissements directs étrangers créeraient une concurrence supplémentaire au détriment des entreprises locales, ce qui évinceraient à terme les entreprises nationales du marché et rendrait l'État d'accueil fortement dépendant des capitaux étrangers[228], même si l'impact desdits flux était initialement positif[229].

Les partisans de la théorie de la dépendance considèrent ainsi que le gouvernement interventionniste serait un allié corporatiste du capital étranger au sein du marché national, et devrait se charger de la distribution intelligente des capitaux étrangers au sein de l'État dans le but de développer ses propres industries. Cette alliance entre l'État et les investissements directs étrangers serait facilitée par la cooptation des élites commerciales locales. D'abord, ces élites locales, qui seraient les premiers bénéficiaires majoritaires des investissements étrangers, faciliteraient l'introduction des capitaux étrangers au sein de l'État d'accueil. Les activités commerciales des élites commerciales locales concorderaient avec les objectifs économiques des capitaux étrangers et de l'État interventionniste, car elles remplaceraient l'objectif économique spécifique de court terme (augmenter le profit) des capitaux étrangers, par des objectifs à long terme de construction des infrastructures, du développement technologique et du développement l'économie du pays d'accueil des investissements directs étrangers. Selon cette conception, l'exercice des pouvoirs de l'État devrait avoir pour fondement un système juridique autoritaire et formel, et cet exercice écarterait tout effort de réforme qui créerait un régime juridique dont la finalité serait de permettre le développement national de l'État[230].

138. Effets négatifs de l'abstention étatique sur le marché national. Une autre théorie, issue des recherches portant sur le développement économique par le droit, critique l'effet

[227] Ajavai (W.), "Impact of Foreign Direct Investment on Economic Growth of Pakistan", *Sodertorn University,* 2016, accessible sur http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:944306/FULLTEXT01.pdf.
[228] Kentor (J.) and Boswell (T.), "Foreign Capital Dependence and Development: A New Direction", *American Sociological Review*, vol. 68, n° 2, 2003, pp. 301-313.
[229] Dixon (W.J.) et Boswell, (T.), « Dependency, disarticulation, and denominator effects: Another look at foreign capital penetration". *American Journal of Sociology*, vol. 102, 1996, pp. 543-562.
[230] Potter (P. B.), "Foreign Investment Law in the People's Republic of China: Dilemmas of State Control", *The China Quarterly*, vol. 141, 1995, p. 158.

néfaste d'un État inactif face au libéralisme du marché[231]. Selon cette théorie, l'État qui n'est pas un allié corporatiste des capitaux étrangers deviendrait un simple spectateur du marché libéral. Cette théorie est critiquée par certains auteurs qui considèrent que cette approche pourrait contribuer à un sous-développement du pays[232] car, elle sous-estime le pouvoir régulateur de l'État concernant les investissements directs étrangers, et méconnaît la capacité du gouvernement de contrôler les activités des entités économiques privées dans le but de promouvoir l'ordre social[233].

139. Choix du gouvernement chinois. Le choix de la nature interventionniste de l'État chinois dans le marché national est donc en partie inspiré des arguments de la théorie de la dépendance et de la théorie du développement économique par le droit. Des expériences des pays voisins, tels qu'au Japon et les quatre dragons du pacifiques, ont démontré que contrairement à la pensée de tradition juridique occidentale, l'État pouvait être un catalyseur de développement économique du pays. Cependant, cette ingérence positive de l'État dans le marché national n'est pas sans risque. En effet, l'État doit non seulement éviter de devenir un partenaire pur et simple des investisseurs étrangers, mais il doit également éviter de devenir un spectateur dont le pouvoir de décision est limité par les politiques économiques libérales et par les règles de droit privé.

La politique des investsissements directs étranger chinoise est de nature hybride, car elle combine un « *État nouvellement industrialisé, un modèle soviétique d'industrialisation, un modèle de développement économique fondé sur les exportations et importations de produits, et une usine du monde* »[234]. Ce compromis qui consiste à effectuer un contrôle sur l'économie politique national et sur développement international[235] est en réalité un système de néo-autoritarisme qui assure un développement économique plus efficace au sein d'un pays en voie de développement qui a adopté une forme d'économie du marché.

2) Un droit des investissements directs étrangers à coloration politique

[231] *Ibid.*
[232] Snyder (F.), "Law and development in the light of dependency theory", *Law and Society Review*, vol. 14, 1980, p.722.
[233] Potter (P. B.), *op. cit.*, p. 159.
[234] Muldavin (J.S.S), "Environmental delegation in Heilongjiang: policy reform and agrarian dynamics in China's new hybrid economy", *Annals of the Association of American Geographers,* vol. 87, no. 4, 1997, p. 581.
[235] Ling, (L.H.M.), "Hegemony and the internationalizing state: a post-colonial analysis of China's integration into Asian corporation", *Review of International Political Economy,* vo;. 3, no. 1, 1997, p. 13.

140. Un droit visant le développement économique national. Le régime chinois des investissements directs étrangers a évolué depuis sa consécration au 3e Plénum du 11e comité central du Parti communiste chinois en 1978 qui a adopté la politique d'ouverture internationale. La première loi portant sur les investissements directs étrangers portait uniquement sur les EJV, et consistait en une déclaration de principe[236]. Peu à peu, des règles d'application ont été adoptées dans le but de rendre la loi efficace et applicable[237]. Des efforts de régulation ont pu être soulignés dans divers domaines, tels que le droit des contrats, le droit fiscal, et le droit des changes. Le gouvernement autorisait de façon graduelle d'autres formes d'investissements directs étrangers : les CJV et les WFOE.

Dans le but d'attirer les investissements directs étrangers en Chine, de nombreuses règles à caractère politique ont progressivement été adoptées : afin de développer certaines zones géographiques, le gouvernement a encouragé l'implantation des entreprises à capitaux étrangers dans des zones spécifiques. Et conscient du manque de connaissance en matière de technologie, des avantages ont été proposés aux entreprises à capitaux étrangers souhaitant exercer des activités dans les domaines touchant à l'innovation et à la technologie en Chine. Dans la période plus récente, le souci principal du gouvernement a été la normalisation du marché par le biais de la mise en œuvre du traitement national. Le régime fiscal a ainsi subi un bouleversement dans le but d'harmoniser le traitement des acteurs économiques étrangers et des nationaux. L'adoption de la Loi des sociétés démontre également la volonté d'unifier les règles régissant les entités économiques, quelle que soit la source du capital de ces dernières.

Ainsi, le sort du droit des investissements étrangers dépend fortement des finalités politiques déterminées préalablement par le Parti communiste dans les plans quinquennaux, ce qui explique les changements de position drastiques et l'instabilité juridique constante qui touche cette matière de droit.

II. Une décentralisation nécessaire du pouvoir législatif aux gouvernements locaux

[236] Voir la Loi sur les Equity Joint-venture du 1979 amendée par la loi de 1990
[237] Voir le Règlement d'application de la Loi sur les EJV du 1983 amendé par la loi du 1986

141. Présentation. Loin d'être un État unitaire comme l'indique sa Constitution, la Chine est soumise à « *l'existence d'un chevauchement complexe et anarchique d'autorités législatives et administratives à l'échelle nationale et locale ce qui autorise à la qualifier poliment d'État fédéral* de facto »[238]. L'économie chinoise a souvent été décrite comme étant un fédéralisme économique, c'est-à-dire une structure économique décentralisée, dans laquelle chaque région fonctionne de façon autonome sur le plan procédural et sur le plan financier. Cette fragmentation du marché économique signifie que les biens, les services et les facteurs de productions ne jouissent pas d'une mobilité d'une région à une autre, et elle constitue un phénomène naturel en raison de la taille considérable du territoire chinois. Cependant, il est à noter que le marché chinois est devenu de plus en plus fragmenté, ce qui entre en contradiction avec la centralisation du système politique chinois. En effet, l'uniformisation politique est souvent considérée comme ayant la capacité de faciliter l'unification économique en mettant les biens, services sous un cadre légal ou réglementaire unique ou harmonisé. L'uniformisation politique est également censée réduire les coûts de transactions offrant une liberté de circulation entre différentes régions. Il est donc inhabituel pour un État dont le pouvoir est fortement centralisé d'avoir un haut degré de fragmentation du marché économique. La Banque Mondiale a émis le commentaire suivant dans son rapport de 1994 : « *Aujourd'hui, en Chine, il existe une situation anormale dans laquelle des éléments majeurs de l'union économique, tels que la monnaie unique et le tarif extérieur commun, subsistent parallèlement à une absence d'éléments essentiels caractéristiques d'un espace de libre commerce* »[239]. Face à cette situation de fragmentation économique, il est, certes, nécessaire que la Chine adopte une décentralisation du pouvoir législatif dans le domaine économique, notamment dans celui des investissements directs étrangers (A), mais le problème est que cette décentralisation du pouvoir législatif manque de cadre juridique clairement défini, ce qui crée de nombreuses difficultés pratiques pour les autorités locales et pour les investisseurs étrangers (B).

A. Décentralisation souhaitable du pouvoir législatif central

142. Importance des normes locales. La Constitution énonce que la Chine est un État centralisé et que le monopole du pouvoir législatif est détenu par le Parti communiste chinois

[238] Choukroune (L.), "Chine-OMC : l'Etat de droit par l'internationalisation ?", *Actualité du droit international,* mars 2002, p. 2.
[239] World banque, *Investment Report*, 1997, p.7

et l'Assemblée nationale populaire. Cependant, en raison de l'étendue du territoire chinois et des spécificités propres à chaque localité, une décentralisation du pouvoir législatif est nécessaire. Certes, la décentralisation du pouvoir législatif est mentionnée par la Constitution et par la Loi sur la législation, mais ces deux textes de valeur élevée ne prévoient aucune limite quant à cette délégation du pouvoir législatif. Cette absence de cadre juridique est d'autant plus délicate lorsque le contrôle de l'excès de compétence n'est pas assuré de façon efficace par les autorités centrales étatiques.

143. Phénomène accentué en droit des investissements directs étrangers. Cette séparation horizontale des pouvoirs est une source d'incertitude juridique du droit chinois en raison de l'absence du cadre législatif ou constitutionnel en la matière. Cette incertitude est exacerbée en matière de droit des investissements directs étrangers qui est utilisé par le gouvernement chinois afin de réaliser une finalité politique de développement économique et social du pays. Certes, la loi encadre les activités des investissements directs étrangers, mais les normes et pratiques adoptées par les autorités locales sont également primordiales car, les décisions administratives sont, pour la plupart des cas, prises par les autorités locales, conformément aux normes locales applicables.

144. Peut-on parler d'insécurité juridique ? Cette situation complexe du droit chinois crée un sentiment d'incertitude non seulement chez les investisseurs étrangers, mais également chez les fonctionnaires et les magistrats. Cependant, pourrait-on qualifier cette situation d'« insécurité juridique » ? La notion de sécurité juridique désigne le principe selon lequel le droit a pour objectif de protéger les sujets de droit contre les effets secondaires négatifs du droit, en particulier les incohérences ou la complexité des lois et règlements, ou leurs changements trop fréquents. Ce principe peut se décliner en plusieurs exigences. En effet, la loi doit être compréhensible, prévisible, normative, et soit s'inscrire dans le domaine de compétence du législateur.

1) Une tendance progressive de décentralisation

145. Première tentative de décentralisation. Le premier domaine qui a bénéficié de la décentralisation du pouvoir est le domaine fiscal. En 1978, le gouvernement central a commencé à déléguer certains de ses pouvoirs aux gouvernements locaux par le biais des délégations fiscales et administratives pour les encourager à promouvoir développement économique local. En 1980, la Chine a adopté une nouvelle forme de budget fiscal, intitulé le « système fiscal contracté » (财政承包制, *caizheng chengbao zhi*), plus communément

connu sous l'expression « manger depuis des cuisines séparées » (分灶吃飯, *fenzao chifan*). Ce nouveau système fiscal a remplacé le système ancien d'unification des dépenses et de collectes des revenus (统收统支, *tongshou tongzhi*), plus connu sous l'expression « mangé depuis un grand bol » (吃大鍋飯, *chi daguofan*). Conformément au système nouvellement introduit, les gouvernements locaux devaient signer un contrat fiscal à long terme[240] avec un gouvernement d'échelon supérieur, et étaient autorisés à retenir 100 % de leur marge. De surcroît, les gouvernements locaux recevaient également un financement extra budgétaire qui n'était pas sujet au partage, et un financement « off-budget » qui n'était pas incorporé dans la procédure budgétaire. Cette décentralisation n'était cependant que partielle.

146. Une décentralisation de plus en plus considérable. L'expérience démontre que l'effort de la décentralisation a été significatif. En effet, en 1997, le gouvernement central ne contrôlait que 27 % de la dépense totale du gouvernement, alors que le taux était de 51 % en 1978[241]. En 50 ans, le gouvernement central a renoncé à une partie substantielle de son pouvoir dans le domaine de la gestion de l'économie. Il a notamment donné aux autorités locales le pouvoir de contrôle et d'approbation des projets d'investissements de grande envergure, le pouvoir d'administration sur les entreprises publiques, le pouvoir d'établissement des politiques industrielles locales et d'utilisation des ressources des institutions financières. Malgré les effets secondaires de la décentralisation, les autorités locales ont su, avec enthousiasme, promouvoir le développement économique local.

147. Réforme 2015 de la Loi sur la législation. Le 15 mars 2015, l'Assemblée nationale populaire a adopté une réforme de la Loi sur la législation qui a étendu le champ géographique du pouvoir législatif local. Aparavant seules 49 villes disposaient d'un pouvoir législatif propre, désormais, 288 villes peuvent légiférer au niveau local. Pour éviter tout abus de pouvoir législatif délégué, la nouvelle loi ne permet qu'aux villes de légiférer de façon autonome sur le developpement rural et urbain, sur la protection environnementale et sur la préservation des héritages historiques et culturels[242].

2) Caractéristiques du pouvoir législatif local délégué

[240] Habituellement de cinq ans.
[241] Tung (C. Y.), "Overview of Chinese Economic Reforms: Initiatives, Approaches and Consequences", Conférence *Is There an Economic Orthodoxy for Developing Nations?*, September 28-29, 2005, p. 6.
[242] « China revises Legislation Law, paving way for legal reform", 15 mars 2015, *China Daily*, disponible sur http://www.chinadaily.com.cn/china/2015twosession/2015-03/15/content_19813572.htm.

148. Une diversité menaçant l'unicité étatique. La Chine est un État multiculturel de grande taille, chaque localité a ses propres spécificités politiques, économiques et culturelles, et étant un pays en pleine transition économique, il est indispensable de déléguer le pouvoir législatif aux différentes autorités compétentes. Cependant, durant ces dernières années, l'excès du pouvoir de la part des autorités bénéficiaires des délégations est devenu une pratique courante rendant impossible le principe de l'uniformité du droit, et celui de la légitimité de la loi, et bafouant la hiérarchie des normes classique.

149. Respect absolu de la loi par les autorités locales. La limitation principale du pouvoir législatif local est de ne pas aller à l'encontre du pouvoir législatif de l'Assemblée nationale populaire afin de garantir l'unicité du droit et de l'État. Étant un élément indispensable de l'organisation législative du pays, les pouvoirs législatifs locaux adoptent des actes au vu de la situation concrète de la localité, et ces actes normatifs doivent être pris dans le respect le plus strict des règlements administratifs, des lois étatiques et de la Constitution.

150. Prise en compte des spécificités locales. Le pouvoir législatif local a ensuite un caractère unique. En effet, il doit prendre en considération les éléments politique, économique, social, géographique, culturel d'une zone géographique déterminée avant l'adoption d'une règle. Chaque pouvoir législatif local est teinté de la coloration de la zone géographique dans laquelle il exerce son activité législative. Le pouvoir législatif central a un caractère abstrait alors que le pouvoir législatif local travaille de façon concrète. Enfin, les normes locales doivent être d'application directe. Cette qualité est due au fait que les normes locales ont un caractère concret et une finalité pratique. Considérant que les normes locales sont mieux à même de résoudre les problèmes d'une localité de façon efficace et pratique en raison de sa proximité avec les sujets de droit, elles doivent être claires dans leur formulation, concises dans leur portée et efficaces dans leur application.

151. Subsidiarité et temporalité du pouvoir législatif local. Des auteurs dégagent d'autres caractéristiques des actes adoptés par le pouvoir législatif local[243]. Certains considèrent qu'une norme locale est subsidiaire, complémentaire et territoriale. D'autres auteurs parlent du caractère expérimental, temporaire et provisoire des normes locales[244]. Certes, les caractéristiques citées ci-dessus sont communément admises concernant les normes locales. Cependant, la définition donnée à chacune de ces caractéristiques diffère d'un auteur à

[243] Kin (L.W.), "The Relationship Between Central and Local Governments Under the Unitary State System of China", *In* Oliveira (J.C.), Cardinal (P.) (dir.) *One Country, Two Systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution*, 2009, Springer, pp. 527 et s.
[244] *Ibid.*

l'autre. Pour la notion du « respect des normes étatiques », de nombreux débats subsistent. Pour la majorité des auteurs, cette notion signifie qu'une disposition de Constitution, une loi étatique ou un règlement administratif devrait être la base juridique des normes locales, car ces dernières ne doivent contredire ni l'esprit ni la lettre des actes adoptés par le pouvoir législatif central[245]. Des auteurs minoritaires considèrent que cette caractéristique signifie que les normes locales ont la capacité de combler les carences laissées par le pouvoir législatif central tant qu'elles ne contredisent pas les règles adoptées par le pouvoir législatif central[246].

3) Absence de contrôle de la délégation législative par l'Assemblée nationale populaire

152. Contrôle d'excès de compétence. Conformément à la Constitution de 1982 et aux dispositions touchant à l'organisation et à la nature de la loi, le champ du contrôle de la loi comprend les normes adoptées par l'Assemblée nationale populaire et son comité permanent, et les normes issues de la délégation de pouvoir législatif. Concernant la forme du contrôle, un système déclaratif est établi : le pouvoir exécutif et les autorités législatives locales doivent déclarer les actes qu'ils ont pris entrant dans le domaine de la délégation législative auprès du comité permanent de l'Assemblée nationale populaire. Les autorités locales déclarent lesdits actes auprès du comité permanent de l'Assemblée nationale populaire et auprès du pouvoir exécutif, et d'autres autorités locales déclarent les actes pris auprès du comité permanent du Conseil de la région. Une fois que les autorités compétentes ont reçu les actes déclarés, un contrôle peut être effectué. Or, dans la pratique, ce système déclaratif rencontre de nombreuses difficultés et n'a donc été jusqu'alors jamais encore été appliquée.

153. Absence de désignation de l'autorité de contrôle. La première difficulté est celle de la détermination de l'entité susceptible de contrôler le pouvoir législatif de l'Assemblée locale populaire. Selon la Constitution, l'exercice du pouvoir législatif est contrôlé par le peuple chinois. Cependant, qu'est-ce que signifie le terme de « peuple » ? Le terme de « peuple » ou de « citoyens » est un concept de nature collective. Un individuel un groupement d'individus de nationalité chinoise, ne peut être qualifié de « peuple » ou de

[245] Paler (L.), "China's Legislation Law and the Making of a More Orderly and Representative Legislative System", *China quarterly*, 2005, pp. 301-318.
[246] *Ibid.*

« citoyen ». La seule entité ayant la légitimité de représenter le peuple est l'Assemblée nationale populaire, de sorte que seule l'Assemblée nationale populaire disposait du droit légitime de contrôler toutes ses activités législatives, y compris les activités législatives déléguée, ce qui était un des problèmes principaux, car dans la pratique, ce contrôle n'a jamais été assuré en raison du nombre élevé de lois locales, et en raison de l'absence de désignation d'un ou de plusieurs organes spécifiques pour assurer un tel contrôle.

En effet, l'organe responsable d'un tel contrôle n'a été clairement identifié qu'avec l'adoption de la Loi sur le contrôle législatif le 27 août 2006. Cette loi a créé un bureau de contrôle qui a pour but d'examiner la légalité des « documents à valeur normative », c'est-à-dire tout document pourvu de valeur normative, adopté par des organes étatiques, ayant pour but de créer des obligations ou des devoirs vis-à-vis d'un groupe d'individus. Dans un sens plus large, ces documents à valeur normative englobent les lois, les règlements et tout document normatif qui découlent de la délégation législative. Ainsi, malgré la détermination tardive d'un organe de contrôle, la délégation législative est désormais soumise à un contrôle par le Bureau de contrôle depuis 2006.

154. Absence de détermination du mode de contrôle. Cependant, depuis la création du Bureau de contrôle en 2006, aucun document à valeur normative n'a été annulé ou modifié. Trois raisons principales peuvent être citées. D'abord, les règles de contrôle ne sont pas clairement déterminées par la loi du 2006, et la procédure pour une annulation ou une modification est complexe et laborieuse, et nécessite l'autorisation de plusieurs autorités distinctes. De plus, concernant ce contrôle, la règle de la majorité est écartée au détriment de la procédure bureaucratique. Il ne suffit pas que la majorité des autorités considère qu'un texte à valeur normatif soit contraire à la loi ou à la Constitution chinoise, encore faut-il que l'inconstitutionnalité ou l'illégalité de cette norme soit reconnue par tous les échelons du pouvoir législatif. La seconde raison est la carence de règle procédurale garantissant le bon fonctionnement du bureau de contrôle. Un tel examen suscite la participation de nombreux organes étatiques, et influe sur le budget de l'État. L'adoption d'une loi est donc nécessaire pour encadrer la procédure. Enfin, il ne faut pas oublier que le fait de « sauver la face » est une pratique ancrée dans la culture chinoise : pour éviter de nuire à la réputation de l'autorité ayant exercé le pouvoir législatif délégué, et donc pour éviter de lui faire « perdre la face », les membres du Bureau de contrôle de l'Assemblée nationale populaire préfèrent ne pas remettre en cause la légalité d'un texte normatif adopté par une autorité qui jouit d'une délégation législative.

B. Difficultés pratiques de l'exercice du pouvoir législatif des autorités locales

1) Indétermination des trois limites de la délégation législative

155. Cas des zones spéciales. La difficulté principale réside dans la difficulté de connaître le champ de délégation législative. Prenons l'exemple de la zone spéciale de la ville de Shenzhen. L'Assemblée nationale populaire permet à l'Assemblée locale populaire de la zone spéciale de Shenzhen d'adopter des règlements (法規, *Fǎguī*) en prenant en considération la situation concrète de la ville, et ceci dans le respect des dispositions de la Constitution et des principes fondamentaux des lois et des règlements. Cette Assemblée locale populaire a ensuite délégué une partie de son pouvoir législatif, lui-même délégué, au gouvernement municipal, permettant à ce dernier d'adopter des règles normatives (規章, *Guīzhāng*). Or le problème de cette chaîne de délégation est que ce mécanisme de « sous-délégation », qui est une pratique courante dans toutes les zones spéciales, n'est pas officiellement reconnu ni par la loi ni par la Constitution.

156. Cas spécifique de la Zone économique spéciale de Shenzhen. La Loi sur la législation de 2000 encadre de façon claire la délégation législative mais, considérant la taille et l'importance de la Zone économique spéciale de la ville de Shenzhen, il est nécessaire que la ville ait des normes autonomes de celles issues du pouvoir législatif central. Cet exercice du pouvoir législatif autonome de la ville de Shenzhen peut cependant être contraire à l'article 8 de la Loi sur la Législation qui énonce que les zones spéciales n'ont pas de pouvoir législatif autonome dans les domaines du droit civil et du droit économique. Ainsi, des villes considérées comme des zones spéciales ont souvent l'habitude de commettre des excès de compétence et de légiférer hors du champ déterminé par l'Assemblée nationale populaire dans l'acte de délégation législative.

157. Répartition entre les Assemblées locales et leurs comités permanents. Actuellement, ni la Constitution ni la loi ne réglementent la répartition du pouvoir législatif entre les Assemblées locales populaires et les comités permanents desdites Assemblées. C'est notamment le cas de la ville de Shenzhen. L'article 67 de la Loi sur la législation énonce que les actes touchant les domaines d'importance supérieure d'un district doivent être adoptés par l'Assemblée locale populaire. Cependant, le terme de « domaines d'importance supérieure » n'est pas clairement défini par ladite Loi, ce qui diminue l'efficacité de la disposition. Par exemple, la ville de Shenzhen dispose actuellement d'une vingtaine de

normes autonomes à valeur législative, mais aucun critère n'a été identifié pour déterminer le champ de compétence législative des autorités locales, bafouant le principe d'unité législative. En effet, une norme peut être adoptée par une autorité, mais modifiée par une autre, puis abrogée par une troisième autorité sans qu'il y ait une raison spécifique qui justifie une telle distribution des pouvoirs législatifs.

En général, les domaines qui touchent le fonctionnement de base d'une société, tel que le droit civil ou le droit économique, sont considérés comme étant des « domaines d'importance supérieure », et rentrent ainsi dans le champ de compétence législative des Assemblées locales populaires. Cependant, cette règle de portée générale ne s'applique pas dans toutes les zones spéciales. La ville de Shenzhen, par exemple, préfère attribuer les droits touchant l'environnement, les contrats de travail, l'enregistrement des sociétés, les entreprises en difficulté, etc., au comité permanent de l'Assemblée locale populaire. Les conséquences principales de cette situation sont la baisse de légitimité de l'Assemblée locale populaire et la nullité éventuelle desdites normes adoptées par le comité permanent de l'Assemblée locale populaire.

158. Répartition entre le pouvoir législatif local et le pouvoir exécutif local. La répartition du pouvoir législatif délégué entre le pouvoir législatif local, c'est-à-dire les Assemblées locales populaires et leurs Comités permanents, et le pouvoir exécutif local, n'est pas clairement définie ni par la Constitution, ni par la Loi sur la législation. Les gouvernements municipaux des villes de grande envergure ne sont autorisés par la Loi sur la législation qu'à adopter des « règlements administratifs » et des « règles locales des zones autonomes ». Dans la pratique, en raison de la lenteur des activités législatives des Assemblées locales populaires et de leurs comités permanents, les gouvernements municipaux ont pris l'habitude d'adopter des règles dans les matières non seulement réservées aux Assemblées locales nationales et leurs comités permanents, mais qui ne sont également pas inclues dans la délégation législative initiale. Cette pratique a pour effet de diminuer le pouvoir législatif des Assemblées locales populaires et de leurs comités permanents, et de voir les actes pris par les gouvernements municipaux être entachés de nullité.

2) Deux lacunes principales dans l'organisation du pouvoir législatif local

159. Pouvoir limité des comités permanents des Assemblées locales populaires. Les comités permanents locaux sont constitués de 44 % de membres permanents et de 56 % de

membres temporaires. Les membres permanents ont pour rôle principal de déterminer l'orientation générale des Comités permanents alors que les membres temporaires rédigent les lois locales. Ce manque de professionnalisation de la majorité des membres explique la médiocrité de la plupart des lois locales. De plus, les comités permanents ne disposent souvent pas assez de ressources financières, qui les limite dans l'exercice de leur pouvoir législatif.

160. Absence de spécialisation des comités permanents locaux. Contrairement à Hong Kong et à Taiwan, où les législateurs sont des spécialistes d'un domaine spécifique, les membres des Comités permanents locaux ne sont souvent pas des spécialistes. Les Assemblées locales populaires disposent de Comités spécialisés, mais ceux-ci peuvent seulement soumettre des recommandations aux Comités permanents locaux. Cette situation où les comités spécialistes sont excessivement qualifiés, et où les comités permanents manquent de connaissances dans les matières dans lesquelles ils légifèrent, crée une difficulté dans la procédure législative, causant une diminution dans la qualité et l'applicabilité des normes adoptées. De plus, en raison de ce manque de spécialisation du comité, une majorité des lois locales adoptées ne sont que des lois déclaratives dépourvues de force exécutoire. Ces lois ne pourraient être applicables qu'une fois que le gouvernement municipal adopte des règlements d'application qui empiètent sur le pouvoir législatif du comité permanent.

3) Pratique des affaires face à l'incertitude du pouvoir législatif local

161. Accès difficile du droit. Il est très difficile pour un investisseur étranger de connaître les normes qui sont applicables à son investissement. En effet, il doit non seulement vérifier qu'il remplit les conditions établies par la Constitution et les dispositions législatives adoptées par l'Assemblée nationale populaire et son comité permanent, mais il doit également respecter les normes locales qui varient selon la localité dans laquelle il souhaite mener son opération d'investissement. Cependant, les normes locales ne sont pas aussi accessibles que les normes du pouvoir législatif central et, en raison de l'absence de contrôle législatif, ces normes locales peuvent se contredire. En outre, leur applicabilité dépend parfois de circonstances qui sont hors du contrôle de l'investisseur : les normes locales peuvent avoir un champ d'application tellement limité qu'elles ne s'appliquent qu'à une seule entreprise, ou ces normes peuvent avoir un champ d'application tellement flou que l'autorité qui applique lesdites normes dispose d'une large marge de manœuvre. Certes, il

est théoriquement possible d'intenter un recours en excès de compétence et de contester la validité d'un acte adopté par les autorités locales, ou la légalité d'une décision défavorable prise par une administration locale, mais il est fortement déconseillé aux investisseurs d'adopter l'attitude de David dans son combat contre Goliath. En effet, non seulement il n'existe aucune autorité compétente pour effectuer un tel examen d'excès de compétence, mais afin de pouvoir pérenniser un investissement étranger en Chine, il est dans l'intérêt des investisseurs étrangers de respecter la pratique chinoise des affaires et de ne pas aller à l'encontre du système législatif actuel.

162. Évaluation. Faut-il cependant voir d'un mauvais œil ce pouvoir législatif local qui n'est pas strictement réglementé ? Une réponse négative doit être apportée à cette question, et ceci pour deux raisons principales : premièrement, les impôts locaux n'existent pas car, les impôts[247] sont prélevés uniquement au niveau national. Le gouvernement central les distribue ensuite aux districts. Cependant, le budget attribué aux localités est souvent insuffisant pour assurer le bon fonctionnement des localités. Par conséquent la source financière principale des gouvernements locaux vient des investissements directs étrangers. Les pouvoirs locaux sont pleinement conscients des avantages économiques que peuvent rapporter les investissements directs étrangers. Ils tentent donc de faciliter l'établissement des investissements directs étrangers qui répondent aux besoins de leur localité, puis essaient de garantir le plus possible les droits des investisseurs afin de les inciter à investir à long terme. Deuxièmement, malgré les défauts de la délégation, son but ultime est de permettre aux localités d'adopter des règles au vu de la situation concrète d'une localité car, en raison de la taille de la Chine, il est impossible que l'Assemblée nationale populaire puisse adopter des normes qui remplissent tous les besoins du peuple entier.

163. Exemples. Donnons deux exemples de cas qui démontrent l'utilité d'une délégation du pouvoir législatif aux autorités locales :

(1) L'environnement naturel d'une localité peut justifier la délégation de pouvoir législatif : si l'investisseur étranger souhaite construire un bâtiment, il faut savoir que le nombre et la taille des fenêtres d'un bâtiment ne sont pas régis par une loi étatique unique, mais par des normes locales. En effet, en raison de l'étendue géographique de la Chine, deux zones géographiques peuvent avoir des conditions climatiques opposées, de sorte qu'il serait illogique d'exiger que les bâtiments situés au nord du pays respectent les mêmes conditions que les bâtiments construits dans le sud du pays.

[247] Qui sont par ailleurs très élevés.

(2) La situation économique d'une zone peut également justifier la délégation législative : l'aménagement urbain est un domaine qui dépend en grande partie de la situation économique des localités, et les investisseurs doivent connaître cela avant de choisir une région spécifique pour réaliser leur investissement. Les conditions d'établissement des usines polluantes ne peuvent pas être unifiées au sein de la Chine. En effet, en raison des conditions économiques d'un territoire donné, deux usines polluantes identiques peuvent avoir des sorts totalement différents : celle qui tente de s'installer à Pékin, Shanghai ou Shenzhen va se voir refuser son installation, alors que celle qui choisit de s'installer dans une zone centrale de Chine aura toutes les chances de voir son usine mise sur pied. Cela s'explique par le niveau de développement économique des différentes zones géographiques : les villes comme Pékin, Shanghai et Shenzhen sont développées sur le plan économique, leur but principal n'est donc plus d'attirer des capitaux, mais d'attirer des entreprises étrangères spécialisées dans l'innovation et la recherche. Les zones centrales de la Chine, pour leur part, ne sont souvent pas aussi aisées que les zones de l'Est sur le plan économique. Leur mission principale serait d'attirer les capitaux étrangers et d'encourager les investisseurs à établir leurs entreprises, quelle que soit la nature des investissements.

164. Solution : établissement de bonnes relations avec les autorités locales. Comment apporter une solution à cette situation ? La loi est certainement la base de tout investissement direct étranger, mais dans ce domaine où la connaissance du droit est difficile, voire parfois inutile, il est nécessaire de se référer à la pratique des affaires. Le maintien de bonnes relations constantes avec les différentes administrations locales est vital pour tout investissement : ces bonnes relations assurent non seulement un meilleur accès aux normes locales, mais permettent également d'obtenir des décisions administratives favorables dans les cas où l'administration dispose d'une large marge de manœuvre. Ces relations doivent être établies avant la constitution du dossier d'enregistrement de son investissement : l'investisseur se présente auprès des autorités administratives, leur explique son projet d'investissement et démontre pourquoi cet investissement pourrait répondre aux besoins de la localité, puis leur demande la liste des documents nécessaires. Une fois le dossier constitué, mais avant le dépôt de la demande, un second contact est nécessaire afin de s'assurer que les exigences restent les mêmes. Après le dépôt de la demande, l'investisseur doit tout de même se préparer à ce que l'administration demande des informations ou des documents complémentaires. Normalement, si ce travail en amont est accompli, il y a très peu de risque que l'investissement ne soit pas enregistré. Ces relations cordiales ne s'arrêtent pas dès

l'enregistrement de l'investissement. Au contraire, en raison du caractère changeant des lois étatiques et locales, le contact constant avec les autorités locales permet aux investisseurs d'obtenir des informations concernant les changements de normes et de se conformer le plus rapidement possible aux normes futures.

SECTION 2. UNE HIERARCHIE DES NORMES DIFFERENTE DE LA CONCEPTION JURIDIQUE OCCIDENTALE

165. Historique. La pensée chinoise n'envisage l'homme que dans l'univers dans lequel il s'insère, incitant tout individu à s'y épanouir en l'observant et en le contemplant. Dès la dynastie de Zhou (1050 - 221 av. J.-C), les penseurs chinois, notamment Confucius[248] et Lao Tseu[249], théorisent la nécessaire harmonie entre les activités humaines et leur environnement par le biais d'une organisation des rapports sociaux en constante adaptation. L'établissement des lois et des règlements échappe ainsi à tout effort de systématisation. L'adéquation avec l'ordre social constitue l'unique préoccupation des juristes chargés de rédiger le droit. Pour cette raison, le poids de la science juridique des systèmes occidentaux de tradition civiliste n'ont pas eu d'équivalent dans la Chine impériale.

Cette pensée chinoise a gardé son importance malgré les nombreuses tentatives d'influences occidentales. Dans le domaine juridique, la prééminence de cette vision de l'homme et de l'univers continue à avoir une influence et à orienter la construction du droit chinois contemporain. Un observateur européen a décrit, il y a 90 ans, le droit chinois de l'époque, description toujours pertinente : « *C'est par la technique de l'interprétation que s'opère la réintégration partielle du confucianisme dans les constructions des légistes et que la morale ne se sépare pas du droit. C'est grâce à cette méthode que la Chine peut espérer la formation, lente, mais assurée, d'un système juridique qui sera le reflet de son génie propre, et non une trompeuse façade. C'est grâce à elle, enfin, que le fa et le Li, ces deux termes de la philosophie chinoise du droit verront peu à peu cesser leur opposition séculaire. À ceux qu'obsède le rêve chimérique d'imposer à la Chine la conception gréco-romaine de la loi, comme à ceux qui préconisent l'obéissance passive aux enseignements de l'ordre naturel*

[248] Philosophe chinois (551-479 av. J.-C.), considéré comme le premier éducateur de la Chine. Son enseignement a donné naissance au confucianisme, doctrine politique et sociale érigée en religion d'État dès la dynastie Han.

[249] Un sage chinois, contemporain de Confucius (milieu du Vie siècle av. J.-C. - milieu Ve av. J.-C., fin de la période des Printemps et Automnes), il est considéré comme le père fondateur du taoïsme.

[…] elle relève d'une constante préoccupation d'adapter une législation moderne, empruntée pour une bonne part à l'Occident, aux notions chinoises traditionnelles »[250].

166. Classification du droit chinois. Il est traditionnellement considéré qu'il existe quatre familles de droit : 1) la Common Law, 2) le droit civil, 3) le droit socialiste et 4) les autres familles de droit[251]. Cette classification, utile pour les études de droit comparé, demeure cependant fortement eurocentrique et insuffisante pour appréhender les complexités structurelle, politique et historique des systèmes juridiques. En effet, le droit d'un État n'est pas seulement constitué de textes normatifs issus du pouvoir législatif, mais également de considérations politiques, philosophiques ou religieuses. Dans un article du professeur Ugo Mattei, il avance l'idée selon laquelle l'adoption d'une nouvelle taxonomie des systèmes de droit serait nécessaire pour prendre en compte la spécificité de chaque famille de droit. Selon cette taxonomie, les systèmes de droit sont divisés en trois « motifs » (*patterns*) : 1) l'État de droit professionnel, 2) l'État de droit politique et 3) l'État de droit traditionnel[252].

Le premier est représenté par la majorité des États occidentaux et est caractérisé par la distinction claire de la sphère législative de la sphère politique et la laïcité de la procédure législative dans le but de permettre une meilleure protection du droit individuel contre le pouvoir étatique[253]. Le second motif est l'État de droit politique, dans laquelle la procédure politique et la procédure législative ne sont pas clairement distinguées car, aucun des deux pouvoirs ne jouit d'une autonomie propre[254]. Il s'agit d'une famille de droit souvent adoptée par les droits transitoires qui nécessitent un contrôle déterminant de l'État. Enfin, le troisième motif est l'État de droit traditionnel, dans lequel la séparation entre le droit et la religion et/ou la tradition philosophique n'a pas eu lieu et selon lequel l'individu est indissociable de la société à laquelle il appartient. C'est notamment le cas des 1) États de droit islamique, 2) le droit indien, et 3) le droit des États asiatiques ayant une influence confucéenne[255].

Le droit chinois pose quelques difficultés quant à la question de savoir dans quelle famille il appartient. En effet étant un État asiatique ayant indéniablement une influence du confucianisme, son droit contient de nombreux éléments issus de la tradition juridique chinoise, et de ce fait peut être classé parmi les États de droit traditionnel. Cependant, il

---

[250] Escara (J.), *Le droit chinois : conception générale, aperçu historique*, Pékin, Edition Henri Vetch, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936, disponible en français sur http://classiques.uqac.ca/classiques/escarra_jean/C38_droit_chinois/esc_droit.pdf, consulté le 4 mars 2016.
[251] David (R.) et Jauffret Spinosi (C.), *Les Grands systèmes de droit contemporains.*
[252] Matteri (U.), « Three Patterns of La : Taxonomy and Change in the World's Legal Systems", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, p. 19.
[253] *Ibid.*, p. 23 et s.
[254] *Ibid,* p. 27 et s.
[255] *Ibid*., p. 36 et s.

partage également des caractéristiques spécifiques à l'État de droit politique en raison de son régime communiste et du transfert du droit soviétique au sein de son droit au lendemain de l'avènement de la Chine communiste. C'est cette importance du pouvoir politique et de la tradition juridique qui crée de nombreuses difficultés portant sur la compréhension de la structure et de l'application du droit chinois.

167. Problématique. Cette conception chinoise du droit continue de s'inscrire dans une tradition trimillénaire : le droit chinois contemporain se caractérise par un sens aigu de la concession, et une exigence permanente de pragmatisme et de flexibilité. Ce droit ne se résume pas à des codes traduits en langue chinoise, il est la combinaison d'une culture juridique traditionnelle et d'une transposition de sources occidentales. Ainsi, la codification constitue une entreprise difficile en Chine car, dans un pays où l'écart entre le passé et le présent est plus considérable qu'ailleurs, la décision à prendre est lourde de conséquences[256]. Pour répondre à ces problématiques, il convient de définir la notion d'État de droit socialiste appliquée en Chine (I) et d'étudier les sources de droit dans le domaine des investissements directs étrangers (II), avant d'examiner le nouveau pouvoir normatif du pouvoir judiciaire (III).

I. Application de l'État de droit socialiste en Chine

168. Plan. L'État de droit n'est pas une notion inhérente à la tradition juridique chinoise. En effet, il s'agit principalement d'un concept qui a été introduit avec beaucoup d'effort dans l'histoire du droit chinois, et appliqué très récemment sous le régime communiste (A). Afin de le rendre conforme aux principes communistes, l'État de droit adopté par la Chine est imprégné d'une coloration communiste spécifique à la Chine (B), ce qui nous fait poser la question de savoir s'il est possible que cet État adopte un jour le concept occidental de l'État de droit (C).

A. Un établissement difficile de l'État de droit socialiste

1) Introduction de la notion d'État de droit en Chine

[256] Escarra (J.), *op. cit.*, p. 290.

169. Absence initiale de l'État de droit sous la Chine impériale. M. Jean-Pierre Cabestan a estimé que « *ce n'est pas si mal — enfin, que ce ne serait pas si mal si la Chine avait un système juridique classique, tel que celui qui a fonctionné en France durant deux siècles depuis la Révolution* »[257]. Le développement de l'État de droit en Europe est le résultat d'un long processus que la Chine n'a pas encore pu réaliser.

L'État de droit constitue une notion complètement étrangère à la Chine avant la dynastie Han (220-206 av. J.-C.), cette dernière a adopté un système de l'État de l'homme (人治, *Rénzhì*) conformément aux enseignements de Confucius. Le philosophe considérait que la clef de voûte assurant le bon fonctionnement de la société chinoise est l'Empereur et non pas le droit. En effet, conformément aux pensées de Confucius, un bon souverain est celui qui dirige son peuple conformément aux règles de la moralité, et non conformément à la loi. La Loi était considérée comme une matière pauvre, qui ne régissait que le bas peuple, c'est-à-dire ceux qui n'avaient pas accès à l'apprentissage des enseignements confucéens.

170. Apparition de la notion sous la période impériale. La notion d'État de droit est apparue pour la première fois en Chine durant la seconde moitié du XIXe siècle. Dès 1804, avec l'influence des puissances occidentales et les Guerres de l'opium, la Chine a subi un affaiblissement structurel qui a finalement poussé l'Empire Qing (1644-1912 apr. J.-C.) à adopter la réforme des cent jours (juin à septembre 1898). L'auteur Liang Quichao, l'un des pionniers de l'État de droit en Chine, affirmait à l'époque que face aux ingérences des puissances occidentales, « *le principe de l'État de droit est le seul principe qui puisse nous sauver* »[258].

Le deuxième personnage majeur ayant œuvré pour l'introduction de l'État de droit durant cette époque est le juriste Kang Youwei qui a déclaré, lors d'un discours prononcé dans le cadre de la réforme des cent jours, que le gouvernement devrait modifier son système juridique en réintroduisant la notion d'État de droit[259]. Pourquoi a-t-il parlé de réintroduction du principe de l'État de droit en Chine, et non pas d'introduction du principe de l'État de droit ? Selon lui, la Chine ancienne disposait d'un système de droit complet et d'une Constitution exhaustive depuis la période des Trois royaumes (220-280 apr. J.-C.).

[257] Cabestan (J.-P.), "Un État de lois sans État de droit", Numéro spécial "Chine", *Tiers monde*, t. XXXVII, n°147, juillet-septembre 1996, p. 649-668.
[258] 梁啓超, *飲冰室合集*, vol. 1, Shanghai, Éditions populaires de Shanghai,1916, p. 34.
[259] Cheng (J.), "Why Late Qing Constitutional Reform Failed: An Examination from the Comparative Institutional Perspective", *Tsinghua China Law Review*, vol. 10, 2017, pp. 108-147.

L'essence de l'État de droit a ensuite été respectée par les dynasties suivantes, mais qui a été perdue progressivement avec les changements de dynasties[260]. Kang Youwei déclarait donc que la Chine était un État de droit qui manquait d'institution pour défendre efficacement la Constitution. Kang Youwei allait encore plus loin dans son discours et a même énoncé que les principales puissances occidentales avaient adopté l'État de droit en s'inspirant de la pratique de la Chine ancienne[261]. La Chine de la dynastie Qing disposait donc d'une base de l'État de droit, mais n'appliquait cependant pas ce principe, ce qui a entraîné son affaiblissement au fil des années.

Le discours de Kang Youwei n'est cependant pas tout à fait exact. Il a été en effet prononcé dans le but de persuader l'empereur Qing d'adopter un régime de l'État de droit similaire à celui du Royaume-Uni. Ayant conscience du caractère conservateur des gouvernants de l'époque, Kang Youwei a interprété la « restructuration du printemps » de la Dynastie des trois Guerres comme étant une réforme constitutionnelle visant à établir un État de droit : l'application de ce principe n'aurait pas constitué une rupture vis-à-vis de la culture traditionnelle chinoise, mais un retour au régime traditionnel. Cette tentative de formation de la notion d'État de droit n'a cependant pas abouti sous l'empire Qing, qui a considéré que le droit devait être au service du pouvoir, et que l'empereur était la source ultime du droit et non pas l'inverse.

2) Du refus initial de l'État de droit à la naissance de la Chine communiste

171. Instrumentalisation du droit par la politique. La transformation du système juridique chinois n'a jamais été placée sur un pied d'égalité avec les réformes économiques menées par les différents organes de la République populaire de Chine[262]. Considéré comme utile car, il participait au maintien de la stabilité sociale sur laquelle reposait la croissance économique, le droit chinois ne se préoccupait de considération de justice que sur un plan secondaire car, le droit s'est attelé à la définition d'un cadre légal pour les investissements étrangers, moteur de la croissance économique[263]. Ainsi, la notion d'État de droit a, dans un premier temps, été instrumentalisée par le gouvernement dans le but de consolider sa légitimité.

[260] *Ibid.*
[261] *Ibid.*
[262] Choukroune (L.) « Chine- OMC : l'Etat de droit par l'internationalisation ? », *Actualité et Droit international,* mars 2002, p. 2.
[263] *Ibid.*

En 1954, est inscrite dans la Constitution chinoise la nécessité pour l'État de « *gouverner en vertu de la Loi* ». Or, en 1954, la Chine a également adopté la pensée marxiste-léniniste. Cette dernière considérait que la loi n'a que très peu d'importance au sein de la société, ce qui justifie les évolutions et réformes politiques des années 1950-1978. En effet, le système chinois de l'époque était caractérisé par l'arbitraire du dirigeant Mao et par un vide juridique contraires principe de l'État de droit. Il a donc fallu attendre 1978 et les leçons de la révolution culturelle de 1966 à 1976, pour que la société conceptualise un meilleur mode de gouvernement fondé sur la légalité socialiste qui améliorerait le statut de la loi au sein de la société chinoise.

172. Principe de légalité socialiste. La mort de Mao, le 9 septembre 1976, a marqué un tournant dans le développement du droit chinois. Devant le constat d'échec économique et culturel auquel avait conduit la politique de Mao, des changements s'imposaient.

À partir de la fin 1978, sous la direction de Deng Xiaoping, la Chine a adopté une politique de réforme et d'ouverture, incitant le pays à s'ouvrir vers l'international et à réformer son système juridique nationale. Après les années 1980, c'est-à-dire l'époque d'adoption des premières lois portant sur les investissements directs étrangers qui ont crée une séparation entre le droit applicable aux entreprises à participation étrangère et les entreprises de droit commun[264], le renforcement de l'autorité du droit semblait être une tendance irréversible en Chine, comme l'a témoigné le 7e paragraphe du préambule de la Constitution de 1982, qui a fixé pour objectif de « *développer la démocratie socialiste et perfectionner la légalité socialiste* ». Par ailleurs, les principes essentiels de la notion d'État de droit ont également été réintroduits dans la Constitution, comme le principe de la suprématie de la Constitution[265], le principe d'égalité[266] et le principe de l'impartialité du juge[267], enrichissant la notion d'État de droit en Chine.

L'évolution du droit s'est progressivement fait sentir. Néanmoins, l'instrumentalisation du droit a persisté, surtout dans le domaine économique[268], comme l'a démontré l'importance des Plans quinquennaux établis par le Parti communiste chinois, qui donnent jusqu'à nos jours les premières orientations générales aux législateurs de l'Assemblée nationale populaire pour chaque réforme.

---

[264] Dolais (Y.) et Jin (B.), « Le droit en Chine: vers une légalité formelle et effective », *Gazette du Palais*, 17 juillet 2004, n°199, p. 7.
[265] Première phrase du préambule de la Constitution.
[266] Article 33 alinéa 2 de la Constitution.
[267] Article 126 de la Constitution.
[268] David (R.), *op. cit.,* p. 445.

Après l'introduction de la notion d'État de droit dans la Constitution chinoise en 1982, la Chine a été saisie d'une véritable frénésie législative dans le dessin de s'intégrer dans l'économie mondiale, notamment concernant des entreprises à capitaux étrangers, à propos desquelles le nombre de lois ne cesse de croître. En effet, dans une période de 20 ans, ont été adoptées et promulgués plus de 370 lois et décisions relatives aux problèmes juridiques de l'Assemblée nationale populaire et de son comité permanent, plus de 800 règlements administratifs établis par le Conseil des affaires d'État, et pas moins de 7000 règlements locaux émanant des assemblées populaires locales et plus de 30 000 arrêtés ministériels et locaux[269]. Après les années 1990 car, caractérisé par l'élaboration d'un « État de droit économique »[270], le droit était considéré comme un instrument de modernisation économique et d'encouragement des flux de capitaux étrangers. Cependant, le principe de l'État de droit tendait à être cantonné au domaine économique, alors que la protection des droits civils et politiques semblait rester à l'arrière-plan durant cette même période.

173. Quel « *Fazhi* » choisir pour désigner la notion d'État de droit ? Deux homonymes (*Fazhi*) ont été utilisés de façon alternative en Chine pour parler de la notion d'État de droit. Malgré le fait que la prononciation soit identique, la définition des deux termes diffère de façon considérable. Le terme de 法制 (*Fazhi*), préféré par le Gouvernement, implique la création d'un système de droit à buts prédéfinis : celui d'établir un gouvernement par le droit. Selon cette conception, le droit a pour dessein de légitimer les actions de l'État, et est instrumentalisé par le gouvernement. L'autre appellation de l'État de droit utilisé est le 法治 (également *Fazhi*), qui est prôné par la doctrine chinoise. Elle désigne l'action de gouverner conformément aux lois. Il s'agit d'une conception proche de la notion d'État de droit adoptée dans les pays occidentaux. C'est finalement cette dernière conception qui a été inscrite dans la Constitution chinoise en 1999, conformément au rapport du 15e congrès du Parti communiste chinois en 1997, démontrant l'importance des influences occidentales dans l'établissement du système du droit chinois contemporain.

174. Affirmation de l'État de droit socialiste par l'internalisation. Le droit chinois, tel que l'onconnaît aujourd'hui, n'est pas né à l'avènement de la Chine communiste, mais résulte d'une longue évolution vers la modernisation et l'occidentalisation du droit chinois[271]. La

[269] Qiao (X.), *Commentaire sur la loi sur l'élaboration des normes juridiques, Éditions de démocratie et de légalité de Chine*, Beijing, avril 2000, p. 16.
[270] Choukroune (L.), « Chine-OMC, l'État de Droit par l'ouverture au commerce international ?», *RDAI,* no 6, 2002, p.657.
[271] Chen (J.), *Chinese Law, towards an understanding of Chinese Law, its Nature and Development,* The Hague, Kluwer Law International, 1999.

majeure partie de l'histoire des réformes législative de la Chine a trait aux difficultés rencontrées pour adapter les normes internationales à l'environnement local de la Chine[272]. L'accession de la Chine à l'OMC participe également à cette logique d'adaptation des normes internationales aux spécificités locales.

Depuis 2000, le principe de l'État de droit a été réaffirmé à de multiples reprises dans les textes législatifs. D'abord, avec la construction de la hiérarchie chinoise des normes, encadrée par la Loi sur la législation promulguée en 2000, et la protection constitutionnelle des droits de l'Homme insérée à l'article 33 alinéa 5 de la Constitution lors de la révision de 2004[273]. Le principe de l'État de droit existe donc dans les textes de valeur législative et constitutionnelle, conformément auxquels le droit ne constitue plus un instrument du Gouvernement, mais vise à protéger les droits des citoyens.

L'établissement de l'État de droit en Chine est surtout perfectionné par la pression des acteurs internationaux, notamment avec son accès à OMC le 11 décembre 2001, après 15 ans de négociations diplomatiques. L'OMC ne régit que les échanges et investissements liés au commerce multilatéral, mais l'adhésion d'un État dans cette organisation suppose le respect de quelques principes essentiels. Le système juridique chinois a dû donc répondre aux exigences du protocole d'accession, conformément auquel la Chine a accepté de se soumettre à certains engagements conventionnels, tels que le respect des principes de transparence, de l'application uniforme du droit, de l'impartialité et de l'indépendance des juges[274]. Ces principes ont eu pour effet secondaire d'entériner l'État de droit en Chine car, ils nécessitaient des réformes importantes sur le plan institutionnel et dans tous les domaines du droit[275].

En raison du fait que la Chine soit un État fédéral *de facto*, l'application harmonieuse des principes de l'OMC nécessitait une uniformisation des règles juridiques sur l'ensemble du territoire chinois, ce qui a été un travail de grande envergure pour les autorités chinoises. Il est estimé que 1413 lois ont été réformées, 120 textes ont été amendés et 573 dispositions ont été supprimées par le Ministère du Commerce extérieur et de la Coopération

[272] Potter (P. B.), *The Chinese legal system, globalization and local legal culture,* Londres, Routledge, 2001, p. 35.

[273] "L'État respecte et protège les droits de l'homme."

[274] Organisation mondiale du commerce, "Accession de la République Populaire de Chine - Décision du 10 novembre 2001", 23 novembre 2001, WT/L/432, pp. 3-4

[275] Choukroune (L.), « Chine, Organisation mondiale du commerce, l'État de droit par l'internationalisation ? », *Actualité et droit international*, mars 2002, disponible sur http://www.persee.fr/doc/perch_1021-9013_2002_num_69_1_2710 (consulté le 1e janvier 2017)

économique[276]. Par exemple, pour se conformer au principe de la transparence, la publication des textes normatifs est désormais obligatoire, et les mesures discrétionnaires du Parti (內部 *neibu*) ont été prohibées, du moins dans le domaine des investissements étrangers.

Le chemin que la Chine a accompli est considérable, mais la construction de la notion d'État de droit n'est pas encore achevé. Dans le but d'assurer sa politique autoritaire, le gouvernement s'est contenté de se conformer à la lettre de l'Accord OMC, sans pour autant en respecter l'esprit[277]. En effet, le droit demeure un instrument du seul Parti qui exerce son contrôle au nom de l'État chinois[278] : « *les obstacles institutionnels et politiques à la modernisation et à la montée en puissance du droit chinois ont été beaucoup plus contournés que surmontés pour des raisons qui tiennent à la volonté de maintenir à la fois la stabilité du système politique et celle de la société chinoise* »[279]. Pour cette raison, l'État de droit appliqué en Chine ne partage que très peu de points communs avec l'État de droit utilisé dans la majorité des États occidentaux.

B. Caractéristiques de la notion d'État de droit socialiste en Chine

1) Composants de l'État de droit socialiste en Chine

175. Un État de droit *sui generis*. La notion d'État de droit, tel qu'entendue dans les pays occidentaux, n'est pas une notion totalement intégrée au sein du système juridique chinois, ce qui n'est d'ailleurs pas le but du présent gouvernement chinois. La Chine prône l'établissement de l'État de droit *socialiste*, par opposition à l'État de droit *capitaliste* des États occidentaux. Inséré lors de la révision constitutionnelle en 1999, le terme chinois d'État de droit ne se comprend qu'en référence à l'idée d'un État qui applique les principes du socialisme. Ce terme vague au contenu ambigu peut être interprété de façon plus ou moins large selon les impératifs politiques du Parti et permet au pouvoir politique de s'assurer que le droit reste dans les mains du Parti-État[280].

---

[276] *Asian Wall Street Journal,* 20 juillet 2001 et *Hong Kong iMail,* 26 octobre 2001.
[277] Choukroune (L.), *op. cit*., p. 4.
[278] Choukroune (L.), « Chine, Organisation mondiale du commerce, l'État de droit par l'internationalisation ? », Actualité et droit international, mars 2002, disponible sur http://www.persee.fr/doc/perch_1021-9013_2002_num_69_1_2710, consulté le 1e janvier 2017.
[279] Cabestant (J.-P.), "Le contexte juridique chinois, Evolution institutionnelle et législatives", *in Actualité du droit chinois des affaires*, SLC, 2004, p. 20.
[280] Choukroune (L.), *op. cit.*, p. 4.

176. Un débat doctrinal. La raison principale pour laquelle l'État de droit n'est toujours pas applicable en Chine est l'opposition entre la définition de l'État de droit selon le gouvernement et celle issue de la doctrine. Cette opposition demeure également en droit. Des auteurs plaident ainsi pour l'adoption de principes communs applicables au niveau international, tel que le principe de la séparation des pouvoirs, de la protection des droits de l'Homme[281], alors que d'autres estiment que l'application du principe de l'État de droit capitaliste ne serait pas propice à la Chine, cette dernière devant plutôt adopter un concept de l'État de droit socialiste afin de respecter la tradition socialiste du pays[282].

Parmi les auteurs qui prônent l'application de l'État de droit socialiste, se trouve le professeur Suli Zhu qui souligne les cinq composants essentiels de la notion d'État de droit socialiste : (1) le gouvernement de l'État conformément aux lois (依法治國, *Yīfǎ zhìguó*) (2) l'application des lois pour le peuple (執法為民, *Zhífǎ wèimín*) (3) la garantie de la justice et de l'impartialité (公平正義, *Gōngpíng zheng yì*) (4) le service de l'intérêt de tous (服務大局, *Fúwù dàjú*), et (5) la direction du Parti communiste chinois (黨的領導, *Dǎng de lǐngdǎo*).

Les trois premiers composants ne sont pas spécifiques à la notion d'État de droit socialiste car, ces principes de légalité de démocratie et d'impartialité se trouvent également dans la notion d'État de droit des pays occidentaux. Restent les deux dernières notions spécifiques à l'État de droit socialiste qui sont à définir.

177. « Au service de l'intérêt de tous ». Comment comprendre le principe socialiste selon lequel la loi est au service de l'intérêt de tous ? Compte tenu du développement déséquilibré de la Chine, les phénomènes d'inégalité apparaissent inévitables[283] et, afin de favoriser le développement du pays, l'intérêt individuel est souvent écarté au détriment de l'intérêt de tous. Cependant, comment définir ce principe de l'intérêt de tous ? S'agit-il de l'intérêt de la société, de l'intérêt de l'ensemble des citoyens ou de l'intérêt public ? Aucune précision n'est apportée par la doctrine officielle. Cette absence de définition constitue souvent une source d'abus pour le pouvoir public, permettant à ce dernier d'empiéter sur les droits individuels. De nombreuses tragédies sont causées par le caractère flou de la notion d'intérêt de tous, notamment dans les cas récents d'expropriation[284]. L'autre difficulté de ce principe réside

[281] *Ibid.*
[282] *Ibid.*
[283] Zhu (S.), "社會主義法治理念玉資本注意法治思想的比較", *中國檢察官*, n°1, 2009, p.74.
[284] Pour donner quelques exemples: Le 11 octobre 2010, dans le village de Jinjiang, près de Changsha, une femme nommée Li Qiuxiang, âgée de 41 ans, et désespérée par la démolition forcée de sa maison s'est jetée dans la rivière Xiang. Elle a survécu, mais est ensuite allée voir la société de démolition pour protester contre la faiblesse des compensations qu'on lui avait attribuées. Elle a avalé des pesticides en présence du directeur,

dans l'inconstitutionnalité du caractère inconditionnellement prééminent de la notion d'intérêt de tous[285]. Le conflit entre l'ordre public et les libertés individuelles existe également dans les pays occidentaux, mais contrairement à la Chine, ce conflit n'est pas systématiquement résolu au profit de l'intérêt de tous[286].

178. Gouvernance du Parti communiste chinois. Le cinquième composant est l'importance de la gouvernance du Parti communiste chinois. Le Parti communiste chinois constitue le noyau dur de la Chine, il exerce une direction politique, idéologique et organisationnelle sur l'État, qui consiste en 1) l'organisation et la direction des activités législatives et exécutives de l'État, 2) la gestion de l'armée populaire, 3) l'administration du travail des fonctionnaires, 4) la mobilisation de la société et, 5) l'encouragement du travail politico-idéologique[287]. Cette fonction légitime la présence d'un groupe dirigeant du Parti dans les institutions de l'État, y compris au sein du pouvoir judiciaire. La commission politique et judiciaire dirige et coordonne les activités de la police, des tribunaux, du parquet et du bureau du ministère de la Justice à chaque échelon, alors que la commission de contrôle de la discipline exerce une influence notable sur les affaires de corruption. De surcroît, malgré le fait qu'il appartient officiellement aux assemblées populaires d'élire et de nommer les magistrats, en réalité les pouvoirs de proposition et de nomination reviennent au Parti. Le parti « *organise et dirige les activités législatives […] de l'État* » en adoptant des mesures politiques que les lois doivent ensuite mettre en œuvre. La loi semble ainsi être instrumentalisée par le Parti. Est-ce que la prédominance du parti empêche l'établissement de l'État de droit ? La réponse doit être nuancée. Le Parti communiste chinois dirige en effet les travaux législatifs, mais, conformément à l'article 5 de la Constitution, ces actes législatifs ne doivent pas aller à l'encontre de la Constitution chinoise. C'est cette garantie de la suprématie de la Constitution et l'importance du rôle du Parti communiste chinois dans les travaux législatifs qui caractérisent un des éléments essentiels de la notion d'État de droit socialiste. Ces deux derniers composants sont spécifiques à la notion d'État de droit

Xie Juemin. Elle est morte à l'hôpital dans la nuit du 17 octobre 2010. Le 13 novembre 2009, Tang Fuzhen, 47 ans, s'est couverte à trois reprises d'essence sur le toit de sa maison dans la périphérie de Chengdu alors que les démolisseurs pénétraient dans sa maison et rouaient de coups sa sœur et son mari. Elle leur avait crié de s'arrêter. Avant de s'immoler. Voir Douay (N.), Severo (M.), Giraud (T.). *La carte du sang de l'immobilier chinois, un cas de cyber-activisme. Information géographique*, Armand Colin, 2012, 76, mars 2012, pp.74-88. Disponible sur https://halshs.archives-ouvertes.fr/hal-00676303/document, consulté le 28 septembre 2016.

[285] L'article 5 de la Constitution dispose que "l'État respecte et protège les droits de l'Homme".

[286] Le juge constitutionnel français, par exemple, circonscrit la notion d'intérêt général et tente de concilier l'intérêt général avec les libertés individuelles.

[287] « Le parti au pouvoir », *China.org,* disponible sur http://french.china.org.cn/fa-zhengzhi/2.htm, consulté le 28 septembre 2016.

socialiste, mais constituent une source de désordre entre les dispositions normatives en Chine. Ce qui explique l'application difficile de l'État de droit socialiste en Chine.

2) Application difficile de l'État de droit socialiste en Chine

179. Influence du système soviétique. Les principes de l'État de droit consacrés par le droit positif chinois sont issus des emprunts juridiques aux pays occidentaux, d'une part, et surtout à l'ex-URSS. D'autre part, au regard de la notion chinoise, l'État de droit est bien établi en Chine. Cependant, il ne faut pas se contenter du bilan de la doctrine chinoise progouvernementale qui est à l'origine des critères spécifiques chinois de l'État de droit. Il existe, en effet, indéniablement des déficits et des lacunes dans la notion actuelle de l'État de droit en Chine.

180. Absence de protection constitutionnelle des droits et libertés des citoyens. Selon la conception occidentale, les libertés imprescriptibles sont au sommet de l'ordre juridique. Le respect de la hiérarchie des normes conçue par Hans Kelsen apparaît comme une condition essentielle de l'État de droit : **«** *Le terme "État de droit" signifie, dans le langage traditionnel, un ordre de contrainte relativement centralisé qui prévoit certaines garanties spécifiques pour assurer la légalité des actes d'application du droit et la liberté individuelle des sujets soumis au droit* »[288]**.** Ni l'État ni un particulier ne peut méconnaître le principe de légalité sans encourir de sanction juridique[289]. Cette description n'est pas applicable à la Chine continentale. La Constitution de 1975 a abrogé un grand nombre de dispositions protectrices des libertés individuelles et des droits fondamentaux. Par exemple, les dispositions proclamant « *l'égalité des citoyens devant la loi* » et le « *droit d'accès à la science, et à la culture* » de la Constitution de 1954 ont été supprimées, et remplacées par la nécessité d'établir un État autoritaire. Pour ce faire, la Constitution de 1975 a effacé la distinction essentielle entre les droits des citoyens et les obligations des citoyens. L'article 26 de la Constitution de 1975 disposait en effet que « *les droits et obligations fondamentaux des citoyens consistent à garantir la gouvernance du Parti communiste chinois, à protéger l'idéologie socialiste, et à respecter la Constitution et la loi de la République Populaire de Chine* »[290]. La Déclaration des droits de l'Homme figure, certes, dans la Constitution de 1982,

[288] Kelsen (H.), *Théorie du droit et de l'État*, Harvard University Press, 1999, p. 133.
[289] Piquet (H.), *op. cit.*, p. 56.
[290] Article 26 de la Constitution de 1975.

et est confirmée dans la Loi sur la législation, mais il n'existait pourtant pas de sanction effective à l'encontre des actes issus du pouvoir public qui violeraient les droits des citoyens.

181. Suprématie du Parti communiste chinois. L'État de droit en Chine met l'accent sur la suprématie du gouvernement. La loi garantit les actes du gouvernement au détriment de la protection des droits de l'Homme. Cette notion d'État de droit n'existe en réalité en Chine que de façon formelle : l'État de droit n'a pour but que de définir la forme et la procédure que le gouvernement doit respecter dans sa fonction de dirigeant du peuple. Cette conception de la notion peut conduire à des abus du pouvoir législatif, pour la simple raison que la hiérarchie des normes qui n'est liée à aucune valeur ni a aucune liberté fondamentale, n'est qu'un formalisme vain[291].

182. Progrès superficiel de l'État de droit en Chine. Le nombre de contentieux qui se multiplie entre les entreprises étrangères et chinoises et les atteintes sérieuses aux libertés depuis 2008 attestent indéniablement les limites de l'État de droit chinois[292]. Une partie majoritaire de la doctrine parle du progrès de l'État de droit en Chine uniquement sur le plan formel, en mettant en avant la quantité de législations adoptées et la capacité d'intégration des dispositions internationales de l'Organisation mondiale du commerce au sein de l'ordre juridique nationale.

Seule l'exception communiste et culturelle, qui est mise en avant par les autorités publiques pour justifier leur refus de développer l'État de droit occidental, est étudiée. Il s'agit au premier plan des arguments à finalité de propagande, mais se cache également une réalité qui doit être rappelée : la résilience d'une normativité totalitaire liée à un héritage ancien et issue des enseignements de Confucius qui s'oppose à la normativité juridique occidentale. Cet héritage culturel peut conduire à fragiliser et à empêcher le passage à un État de droit occidental[293].

Cependant, la notion d'État de droit à la chinoise reste assez perméable aux valeurs et libertés occidentales en dépit des réticences politiques. En effet, grâce aux efforts constants des juristes indépendants, aux mutations de la société et à la mondialisation, l'État de droit est considéré, dans la conscience d'une grande partie de la population, comme participant à la protection des droits de l'Homme. Ainsi, les principes formels de l'État de droit sont bien

[291] Piquet (H.), *op. cit.*, p. 57.
[292] Dolais (Y.), "Réformes juridiques chinoises : évolution sans révolution", *Gazette du palais*, 28 février 2008, p. 14.
[293] Piquet (H.), *op. cit.*, p. 58.

établis dans les textes normatifs, et les principes substantiels de l'État de droit ont progressé dans la conscience populaire.

C. Développement de l'État de droit chinois avec la mondialisation

1) Influence des investissements directs étrangers sur l'État de droit chinois

183. Système « *rule-based* » de l'OMC. La protection des investisseurs étrangers en Chine ne peut s'améliorer qu'à travers le développement du droit selon les exigences de l'État de droit. La Chine traverse une époque de « *frénésie législative* » et s'accompagne d'un phénomène d'intégration des normes internationales dans l'ordre national dans le but de moderniser son droit. L'internationalisation du droit constitue un vecteur de libéralisation du régime et de modernisation des institutions et de l'organisation de l'État.

Les méthodes utilisées par un gouvernement pour influencer le comportement d'autres États ou individus peuvent être classées en deux systèmes : les systèmes orientés vers le pouvoir (« *power oriented* ») ou les systèmes fondés sur les règles (« *rule-based* »). Un système orienté vers le pouvoir adopte une logique de discussion, de négociation et de règlement de différends, selon laquelle une partie affirme son pouvoir afin d'influencer le comportement de l'autre partie[294]. Dans des négociations commerciales internationales par exemple, un diplomate d'un État d'importation économiquement puissant peut exiger que l'État d'exportation qui est économiquement moins développé limite volontairement ses exportations s'il souhaite obtenir de l'aide au développement ou des préférences commerciales de la part de l'État économiquement développé. Une telle politique de commerce fondée sur le pouvoir tend à viser un résultat particulier (« *result-oriented* ») et à être conflictuelle (« *conflict-oriented* ») car, elle vise à satisfaire principalement les intérêts de la partie qui détient le pouvoir[295].

La politique fondée sur les règles « *rule-based* » permet aux États ou aux individus de négocier des règles générales de comportement, que tous les participants ont accepté volontairement car, ces règles concilient les intérêts individuels à court terme avec des

[294] Petersmann (E.-U.), *The Gatt/Wto Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Martinus Nijhoff Publishers, 11 févr. 1997, p. 66.
[295] *Ibid.*

intérêts communs à long terme de façon à ce que toutes les parties retirent des avantages mutuels[296]. Il s'agit en réalité d'un système d'État de droit au niveau international dans lequel les États acceptent de se soumettre aux règles de l'organisation internationale. Par exemple, les règles libérales du commerce international, telles que celles de l'OMC, des zones de libre-échange et des unions douanières, respectent un système fondé sur un tel système de « *rule oriented* ». .

184. Avantages d'un système *rule-based*. L'OMC, les zones de libre-échange et les unions douanières préfèrent un système qui soit fondé sur des règles car, : 1) il permet aux programmes gouvernementaux d'être plus prévisibles, ce qui réduit le coût de transaction internationale des investisseurs ; 2) il prohibe l'usage d'instruments politiques qui seraient nuisibles aux autres membres et qui pourraient créer des effets contraires à l'étranger, ce qui réduit les conflits entre les États membres et à l'intérieur des États membres ; 3) il agrandit et protège les libertés fondamentales et la propriété individuelle sur tout le territoire qui applique les règles ; 4) il promeut la compétition saine et tend à dépolitiser les activités économiques et à limiter tout abus potentiel des acteurs privés et tout dysfonctionnement du marché ; et 5) il oblige les gouvernements à adopter des instruments politiques transparents, non discriminatoires et proportionnés, ce qui limite tout abus potentiel du pouvoir public[297].

185. Effets de l'OMC sur le système juridique chinois. L'adhésion à l'Organisation mondiale du commerce en 2001 renforce l'influence du droit international économique sur la transformation du droit chinois nationale. En effet, la caractéristique de la méthode « *rule-based* » décrite ci-dessus coïncide avec l'objectif principal de la réforme juridique en Chine, qui est celui de « gouverner par la loi ». Cette adhésion constitue donc une étape essentielle dans la libéralisation de l'économie et constitue un élément capital de la construction de l'État de droit en Chine[298].

2) Vers un État de droit plus rigoureux en Chine

186. Un État de droit inachevé. La modernisation du droit en Chine n'est pas un processus achevé. Selon le professeur Hao Tiechuan, la Chine ne pourrait être un État de droit qu'à partir de 2090. Son raisonnement est le suivant : l'un des principes fondamentaux de la

[296] *Ibid.*
[297] *Ibid.,* p. 67.
[298] Choukroune (L.), "L'accession de la République Populaire de Chine l'Organisation Mondiale du Commerce : instrument de la constitution d'un État de droit par l'internationalisation",

notion d'État de droit est l'égalité devant la loi. Or, en raison du développement économique inégal entre différentes zones géographiques, il est difficile, voire impossible, d'uniformiser la loi sur l'ensemble du territoire, de sorte que l'inégalité devant la loi est inévitable dans la Chine contemporaine[299].

De surcroît, l'absence d'une hiérarchie des normes effective était jusqu'à présent une des critiques majeures faites au système juridique chinois[300]. En effet, la Chine est confrontée à un désordre normatif qui a été aggravé par une confusion dans les dénominations des textes législatifs et réglementaires[301]. Cette situation est d'autant plus compliquée qu'il n'existe pas de mécanisme de contrôle de légalité ou de constitutionnalité tel qu'en connaissent les pays occidentaux, bien que ces contrôles soient en théorie assurés par le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire[302].

187. Développement économique dans l'achèvement de l'État de droit. La modernisation économique de la Chine est plus facile à réaliser en comparaison de l'avènement de l'État de droit car, le développement de la performance économique constitue un processus naturel dans un État en voie de développement tel que la Chine. Cependant, le développement économique d'un pays d'exclut pas l'introduction de la notion de l'État de droit. En effet, ce développement économique est une condition *sine qua non* de l'introduction de la notion occidentale d'État de droit[303].

De surcroît, l'établissement de l'État de droit dépend également du passé historique de chaque pays. Le développement du droit en Chine est différent de celui des pays démocratiques occidentaux : premièrement, la Chine n'a jamais adopté le système multipartite pour promouvoir la modernisation de l'État de droit, et a préféré un système où le Parti communiste chinois constitue le Parti unique du pays. Deuxièmement, la Chine refuse d'adopter la politique de diversité idéologique. Plus précisément, le gouvernement chinois reconnaît l'existence de la diversité, mais cette diversité ne doit pas être accompagnée de la reconnaissance du pluralisme[304]. Par conséquent, la primauté du droit, et

[299] Ho (T.), "中国法治的时间表" (Le calendrier prévisionnel de l'établissement de l'État de droit en Chine), http://www.china-judge.com/ReadNews.asp?NewsID=97&BigClassID=16&SmallClassID=15&SpecialID=31, consulté le 13 octobre 2016.
[300] Dolais (Y.) et Jin (B.), *op. cit.*, p.
[301] Voir la partie sur les dispositions relatives aux investissements directs étrangers.
[302] Dolais (Y.) et Lin (B.), *op. cit.*, p.
[303] *Ibid.*
[304] *Ibid.* Selon le professeur Ho, la différence entre les deux notions réside dans le traitement des catégories. La reconnaissance de la diversité ne conduit pas à la création d'une catégorie juridique, alors que le pluralisme

donc l'État de droit, est plus qu'exploratoire, et plus difficile à réaliser en Chine. Certes, ce respect du droit est bien imprégné dans le marché national, dans les domaines du droit économique et du droit de la concurrence en raison de la présence décisive des acteurs économiques occidentaux. En revanche, dans le domaine de la politique et dans l'esprit des gouvernants, la notion d'État de droit n'est toujours pas prise en compte[305]. La mission principale de la Chine d'aujourd'hui est de coordonner la relation entre le marché économique, plutôt respectueux de l'État de droit, et la politique, pour que la notion d'État de droit soit appliquée dans tous les domaines et sur l'ensemble du territoire de la Chine[306].

II. Sources du droit dans le domaine des investissements directs étrangers

188. Multiplication des normes dans l'histoire de la Chine. La différence principale entre la Chine sous la période Mao et la période post-Mao est l'adoption rapide et abondante de textes à valeur juridique dans le but de créer un ordre social stable pour un développement économique harmonieux et rapide. La Chine était un État sans loi lorsque la politique de réforme et d'ouverture a été officiellement introduite en 1978. En effet, durant les 20 premières années du règne communiste (entre 1957 et 1976), l'Assemblée nationale populaire n'a adopté que le Guide national pour le développement de l'agriculture et la Constitution de 1975. Son comité permanent n'a réussi qu'à adopter sept règlements portant sur la sauvegarde de l'ordre public. La loi locale était inexistante pendant cette période[307].
Le développement économique depuis 1978 a non seulement créé des opportunités pour les investissements directs étrangers, mais il a surtout mené à de grandes activités dans le travail juridique de l'État. En effet, vers la fin de 1989, près de 150 lois nationales, et plus de 500 règlements et règles administratives, et plus de 1 000 règlements locaux ont été adoptés, portant sur tous les aspects principaux de la vie sociale et économique[308]. De surcroît, la

conduit à la création d'une catégorie juridique à part entière. Pour plus de précision, voir http://big.hi138.com/xinwenchuanbo/201011/267428.asp#.V_9vWJh97eQ.

[305] *Ibid.*

[306] *Ibid.*

[307] 赵震江 (dir.), *中国法制四十年*, Pékin, Pékin University Press, 1990, 1e éd.

[308] Chen (J.), *Chinese Law : Context and Transformation*, *op. cit.*, p. 229.

Chine a ratifié plus de 120 traités bilatéraux[309]. En 1986, la Chine disposait déjà d'un régime juridique des investissements directs étrangers relativement exhaustif et compréhensif, puis des réformes et améliorations se sont succédé dans les années 1990, et surtout après 2001, l'année d'adhésion de la Chine à l'OMC. L'activité législative a également connu un essor remarquable avec l'introduction de la notion d'économie de marché socialiste au sein de la Constitution en 1992. Puis, en 2005, des centaines de traités multilatéraux et bilatéraux ont été ratifiés par le gouvernement central et le pouvoir législatif chinois. À la fin des 2014, il existait 243 lois nationales, 739 règlements administratifs et plus de 8600 règlements locaux[310]. Désormais, il est clair que l'époque du vide juridique est révolue, créant une frénésie législative qui doit également être remédier par le législateur dans un futur proche.

189. Plan. La théorie officielle des sources du droit en Chine est moniste : la seule autorité susceptible de légiférer est le législateur[311], c'est-à-dire l'Assemblée nationale populaire et les Assemblées locales populaires (A). La réalité est cependant plus complexe. En effet, en raison de la tradition juridique chinoise, et de son statut de pays en voie de développement rapide, de nombreuses sources non officielles doivent être prises en compte par les acteurs économiques s'ils souhaitent avoir une opération d'investissement pérenne (B).

A. Théorie unitaire des sources de droit en Chine : une conception légicentrique

190. Système proche de la tradition civiliste. Le système juridique de la Chine est proche de celui de tradition civiliste. Le droit est codifié et promulgué par le pouvoir législatif, ou une autorité gouvernementale à qui le pouvoir législatif a délégué une partie du pouvoir législatif. Depuis la dynastie Shang (1600 av. J.-C.), la Chine a adopté la tradition de la codification[312] et, durant la période du Printemps et de l'automne (700-476 av. J.-C.), ces codes devaient être rendus publics[313]. Vers la fin de la Dynastie Qing (1616-1911 apr. J.-C.), compte tenu de l'impossibilité de réformer le droit en raison d'une telle tradition de

[309] « 中國法律體系將如期形成 », *Legaldaily*, 12 mars 2007, disponible sur http://www.legaldaily.com.cn/misc/2007-03/13/content_557642.htm, consulté le 13 février 2017

[310] Voir le rapport annuel sur le développement de l'État de droit en Chine, 2014, *Chinese Law Society*, Juin 2016, disponible sur http://chinalawsociety.com/Templates/Template_View.aspx?ColumnID=1115&InfoID=17461, consulté le 13 février 2017.

[311] Chen (J.), *Chinese Law. Towards an Understanding of Chinese Law, Its Nature and Development*, Th Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 97.

[312] Zhang (J.), *Evolution of Chinese Legal Civilization*, China University of Politics and Law Press, 2000, p. 44-47.

[313] Peerenboom (R.), *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge University Press, 2002, p.33.

codification, l'empereur a adopté une pensée nouvelle. Il a ainsi introduit non seulement les modèles de codes étrangers, principalement ceux du Japon et de l'Allemagne, mais également un modèle du pouvoir judiciaire occidental pour la restructuration des tribunaux[314]. Après l'établissement de la République populaire de Chine, malgré l'abolition complète du système juridique ancien issu du gouvernement de Kuomintang, la tradition de la codification a été reprise par le nouveau gouvernement communiste. La codification est donc ancrée dans la tradition juridique chinoise depuis plus de trois millénaires.

Depuis la politique de réforme économique de 1978, la Chine a élaboré une multitude de textes à valeur juridique ou politique dans le dessein d'attirer les investisseurs étrangers à venir en Chine. Cependant, du fait du manque d'éclaircissement sur la détermination exacte des autorités détenant le pouvoir législatif, les textes normatifs sont adoptés par de nombreux organes étatiques différents et variés.

191. Une hiérarchie des normes à cinq niveaux. Officiellement, il existe trois niveaux de norme : les normes constitutionnelles, les normes législatives étatiques et les normes réglementaires et ministérielles, mais en réalité, il existe cinq sources de droit qui régissent les investissements directs étrangers en Chine. En effet, la structure législative de la Chine a été établie avec l'adoption de la Loi sur la législation le 15 mars 2000, cette dernière détermine et encadre les sources de la loi, qui sont : la Constitution, la loi, les règlements administratifs adoptés par le Conseil des affaires de l'État sur la base de la Constitution ou d'une loi, et les règlements issus du Conseil des affaires de l'État dans l'exercice de son pouvoir législatif, et les règlements locaux adoptés par les gouvernements locaux[315].

Cette hiérarchie des normes a été établie selon l'importance de l'autorité compétente, il s'agit donc d'une hiérarchie organique des normes. Cette structure législative complexe, dans laquelle chaque autorité détient une partie du pouvoir législatif, ne dispose pas de mécanisme d'harmonisation et de contrôle, ce qui crée de nombreuses contradictions et répétitions entre les normes des différents échelons[316].

---

[314] *Ibid.*, p. 43.

[315] Le terme de 法规 (*fagoue*), c'est-à-dire règlement, englobe plusieurs normes différentes : le règlement administratif (行政法规) désigne les textes divers et variés adoptés par le Conseil des affaires de l'État dans l'exercice de son pouvoir de direction et de contrôle des missions administratives, cela sur la base de la Constitution et de la la loi, et conformément au Règlement provisoire portant sur la procédure d'adoption des règlements administratifs (行政法规制定程序暫行條例). Habituellement les règlements administratifs sont connus sous les termes de 條例, 规定 et 辦法 : les 條例 sont des règlements qui affectent un champ administratif entier ; les 规定 touchent une partie d'une tache administrative ; et les 辦法 donnent des solutions concrètes à des difficultés rencontrées par l'administration.

[316]

La Chine se dirige de plus en plus vers un État de droit en encourageant l'application et l'adoption de la loi. Cependant, c'est avec cette multiplication de normes que les défauts du travail législatif sont devenus plus visibles. En effet, autorités commettent souvent des excès de compétence, les normes sont souvent en contradiction l'une avec l'autre, et les autorités légifèrent selon leurs besoins. Ces problèmes sont d'autant plus visibles en droit des investissements directs étrangers, où chaque ministère et chaque gouvernement local essaie de tirer du profit.

De plus, cette multiplicité de sources du droit constitue une difficulté certaine pour l'application uniforme des normes portant sur les investissements directs étrangers, car elle rend le droit opaque et incertain pour des différents acteurs des investissements directs étrangers en Chine et crée un sentiment d'insécurité juridique indéniable pour les investisseurs étrangers souhaitant s'établir au sein de l'empire du Milieu[317].

192. Cas du régime juridique des investissements directs étrangers. La Chine ne dispose pas encore de Loi unique portant sur les investissements directs étrangers[318]. À la place, le droit des investissements directs étrangers est formé par un ensemble de traités d'investissement[319], de lois spéciales, règlements et décrets pour des questions différentes qui concernent spécifiquement les investissements directs étrangers, puis d'autres lois de droit commun qui ne s'appliquent pas uniquement aux entreprises à participation étrangère. Officiellement, le droit des investissements directs étrangers a une structure à trois niveaux avec, au premier niveau, les textes législatifs adoptés par l'Assemblée nationale populaire sur des questions spécifiques, au second niveau les règlements issus du Conseil des affaires et l'État et ses différents ministères, et au troisième niveau les règles et règlements locaux[320].

1) Protection constitutionnelle des investissements directs étrangers

193. Principe. La Constitution (憲法, *Xiànfǎ*) garantit un système juridique unitaire selon lequel le pouvoir législatif est exercé par L'Assemblée nationale populaire et les Assemblées

[317] 王文杰，"大陸外商投資企業法律體系之變遷與逕入ＷＴＯ後之條整"，*全國律師*，4 卷 9 期，2000 年 9 月，p. 41.

[318] Le Projet de Loi du 19 janvier 2015 prévoit d'abroger le système actuel afin de le remplacer par une Loi unique portant sur les investissements directs étrangers. Cependant, ce projet est toujours au stade d'examen devant l'Assemblée nationale populaire et le Ministère du commerce, et son futur demeure incertain. Voir Postface de la présente thèse.

[319] Voir la section 2 du chapitre 2 du titre 2 de la présente thèse.

[320] Qin (L. M.), « Attracting foreign investment into the PRC : the enactment of foreign investment law », *Singapour Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, 2000, pp. 160.

locales populaires. Elle octroie également au Conseil des affaires de l'État le pouvoir d'adopter des mesures administratives, de promulguer des règlements et règles administratifs et d'émettre des décisions ou ordonnances conformément aux dispositions de la Constitution et à la loi[321]. Les dispositions constitutionnelles constituent la clef de voûte du régime juridique des investissements directs étrangers car, elles offrent non seulement une garantie constitutionnelle aux investissements directs étrangers en Chine et guident le pouvoir législatif dans l'élaboration des Lois et règlements portant sur les investissements directs étrangers, mais elles constituent également le fondement juridique des traités bilatéraux et des conventions internationales.

194. Protection constitutionnelle des investissements étrangers. Une des spécificités du droit chinois des investissements directs étrangers réside dans sa protection constitutionnelle, démontrant ainsi la volonté des gouvernants et des législateurs de promouvoir l'investissement direct étranger en Chine.

La volonté des gouvernants d'encourager les investissements directs étrangers en Chine préexistait la réforme constitutionnelle de 1982. En effet, la première loi des investissements directs étrangers a été adoptée en 1979[322], conformément aux lignes directrices adoptées par le Gouvernement durant la réforme économique de 1978, de sorte qu'elle a été mise en œuvre initialement sans base constitutionnelle pendant trois ans. Cette situation a été rapidement remédié par la réforme constitutionnelle de 1982 qui a introduit une garantie constitutionnelle à l'article 18 dans la Constitution.

L'article 18 de la Constitution dispose que « *La République populaire de Chine autorise les entreprises et autres organisations économiques étrangères ainsi que les particuliers étrangers à, en respectant ses lois, investir en Chine, établir des coopérations économiques de toutes sortes avec des entreprises ou autres organisations économiques chinoises. Sur le territoire chinois, les entreprises ou organisations économiques étrangères ainsi que les entreprises à capitaux mixtes sino-étrangères doivent respecter la législation de la République populaire de Chine. Leurs droits et intérêts sont protégés par la législation de la République populaire de Chine* ». Cette disposition constitue non seulement la base constitutionnelle des normes inférieures régissant les investissements directs étrangers, mais garantit également de façon pérenne l'existence des investissements directs étrangers en Chine.

[321] Article 89 de la Constitution de 1982.
[322] Loi sur les EJV adopté le 1e juillet 1979.

2) Encadrement législatif des investissements directs étrangers

195. Organe suprême législateur. L'Assemblée nationale populaire détient seule le pouvoir législatif de la Chine, conformément à la Constitution chinoise[323]. Pour être valides et effectives, les lois (法律, *Fǎlǜ*) doivent uniquement être adoptées par l'Assemblée nationale populaire, puis publiées par le Président de la République populaire de Chine[324]. La Chine ne possède donc pas de contrôle législatif, ni *a priori*, ni *a posteriori*. Lorsqu'une loi est en gestation, elle est garantie d'être adoptée par l'Assemblée nationale populaire car, en pratique, aucun membre de l'Assemblée nationale populaire n'ose interrompre ou suspendre la procédure. Une fois que la procédure législative est menée à terme, la norme sera appliquée sans contestation possible, car aucune loi n'encadre la procédure de contrôle *a posteriori* de la loi.

Concernant les investissements directs étrangers, de nombreux textes régissent cette matière. Ces textes peuvent être divisés en deux catégories : ceux qui ne s'appliquent qu'aux investisseurs étrangers, et ceux qui sont issus du droit commun et dont le champ d'application est élargi aux investissements directs étrangers (a). En raison du manque d'uniformité du droit des investissements directs étrangers, de nombreux conflits et incohérences surviennent au sein du régime des investissements directs étrangers, ce qui rend difficile son application concrète et menace la force juridique de la loi (b)

a. Présentation des lois spéciales régissant les investissements directs étrangers

196. Les Trois Lois sur les entreprises à participation étrangère. La Loi sur les EJV est la première loi à être adoptée à la suite de la mise en œuvre de la politique d'ouverture. Puis, au fur et à mesure de la politique d'ouverture, la Loi sur les WFOE (1986) et la Loi sur les CJV (1988) ont vu le jour.

Chacune des lois encadre une forme spécifique d'entreprises à investissements directs étrangers et crée une répétition de nombreuses dispositions entre les trois lois. Par exemple, concernant le domaine dans lequel l'investisseur étranger compte effectuer son investissement en Chine, la Loi sur les EJV ne donne aucune indication quant aux secteurs

[323] Art. 58, 62 et 67 de la Constitution, et l'art. 7 de la Loi sur la législation.
[324] Art. 52 de la Loi sur la législation.

dans lesquels l'investisseur étranger peut effectuer un investissement[325], alors que pour les WFOE, la loi mentionne que les interdictions doivent uniquement être déterminées par le Conseil des affaires de l'État[326], et enfin la Loi sur les CJV ne mentionne que les secteurs encouragés et autorisés, sans citer les secteurs interdits ou restreints.

197. Lois spéciales applicables aux entreprises à participation étrangère. Une fois que l'investissement direct étranger est valablement établi en Chine, les entreprises à capitaux étrangers doivent ensuite fonctionner conformément aux dispositions juridiques régissant le milieu économique des affaires[327], notamment celles portant sur le travail, la finance, la douane, les sociétés, les marques, les licences, et les contrats économiques[328]. Ces dispositions sont des « lois auxiliaires » (輔助性法律)[329] et ont pour objet de compléter les lacunes juridiques laissées par les trois lois sur les investissements directs étrangers. Elles ont pour avantage d'être des textes juridiques qui s'appliquent à tous les investissements directs étrangers, peu importe la forme d'investissement choisi par l'investisseur.

198. Droit commun applicable aux entreprises à participation étrangère. Enfin vient le droit commun, qui s'applique à toutes les personnes physiques ou morales résidant sur le territoire chinois, qui sont les Principes généraux du droit civil (民法通則), la Loi sur la procédure civile (民事訴訟法), la Loi sur les syndicats (工會法), la Loi pénale (刑法) et surtout la Loi des sociétés (公司法). Ces différents textes doivent être appliqués sur le territoire chinois, quelle que soit la nationalité de la personne en cause. Ainsi, étant des entités de droit chinois, les entreprises à participation étrangère doivent respecter ces dispositions du droit commun, peu importe l'origine de son capital social.

199. Clause de stabilisation. L'imprévisibilité du droit chinois constitue une critique majeure que soulignent les investisseurs étrangers[330]. Afin de rassurer les investisseurs étrangers, le gouvernement a parfois introduit une clause de stabilisation dans ses lois et règlements nationaux. Par exemple, le Ministère des Finance a publié une décision dès 1982 qui énonçait que les contrats de joint-ventures conclus avant l'entrée en vigueur de la Loi

[325] le règlement d'application de la loi sur les EJV ne permet cependant qu'aux investissements directs étrangers de créer une EJV dans 6 domaines et 20 secteurs déterminés.

[326] Le Conseil des affaires de l'État doit adopter ultérieurement un règlement d'application déterminant les secteurs et domaines interdits aux WFOE.

[327] Article 99 de la Constitution de la République populaire chinoise, accessible en français sur : http://mjp.univ-perp.fr/constit/cn1982.htm, consulté le 7 mars 2016.

[328] C'est-à-dire les contrats signés dans le cadre d'une relation d'affaires.

[329] 王文杰，"大陸外商投資企業法律體系之變遷與逕入ＷＴＯ後之條整"，*全國律師*，4 卷 9 期，2000 年 9 月，p. 43.

[330] European Chamber of Commerce, *Business Confidence Survey 2016*, 2016, p. 17, téléchargeable sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/758.

sur les impôts sur le revenu des joint-ventures pouvaient acquitter leur impôt sur le revenu conformément aux termes contractuels, jusqu'à l'expiration du contrat initial. Un autre exemple est la Loi sur les contrats économiques étrangers adoptée en 1985 qui énonçait dans son article 40 que « *si de nouvelles dispositions législatives ont été adoptées alors que les contrats conclus dans le cadre d'une EJV, d'une CJV, ou d'une exploitation conjointe sino-étrangèrent des ressources naturelles ont reçu l'autorisation de l'État et sont en train d'être exécutées dans le territoire de la République populaire de Chine, ces contrats peuvent être exécutés conformément aux dispositions contractuelles* »[331]. La Loi sur les contrats économiques étrangers énonçait également qu'elle peut être appliquée aux contrats conclus avant sa date d'entrée en vigueur avec l'accord des parties contractantes[332]. Ces dispositions démontraient le souhait du gouvernement chinois d'assurer les investisseurs étrangers de la stabilité et de la prévisibilité de l'environnement légal des investissements directs étrangers. Ces clauses de stabilisation avaient eu une telle implication qu'elles ont limité le pouvoir régulateur du gouvernement sur des investissements directs étrangers. Par conséquent, ces clauses ont été abrogées par la Loi sur les contrats économiques étrangers en 1999. Cette clause de stabilisation persiste cependant sous une autre forme dans les contrats types d'exploitation de pétrole[333] ou, à sa place, une clause de renégociation ou d'ajustement peut être insérée.

b. Conflits de lois entre le droit des investissements étrangers et le droit des sociétés

200. Deux régimes et deux politiques économiques. Parmi les textes juridiques de droit commun, il faut souligner la Loi des sociétés, dont l'application s'avère être une source de difficulté en matière d'investissements directs étrangers. En effet, même si le régime du droit les sociétés a initialement été introduit en Chine dès l'époque de l'économie planifiée, il a fallu attendre l'établissement d'un système juridique solide pour que la Loi des sociétés voie le jour en octobre 2005.

Lorsque la Chine a adopté la politique d'ouverture et de réforme, elle a élaboré sa première loi portant sur les investissements étrangers — la Loi sur les EJV, alors qu'elle était encore dépourvue de cadre juridique portant sur les sociétés. En effet, la première Loi des sociétés

[331] Loi sur les Contrats économiques étrangers, adoptée lors de la 10e réunion du Comite permanent de la 6e session de l'Assemblée nationale populaire du 21 mars 1985. Cette loi a été remplacée par la Loi sur les contrats du 15 mars 1999, adoptée lors de la 2e réunion de la 9e session de l'Assemblée nationale populaire, mais la clause de stabilisation n'a pas été reprise.
[332] Article 41 de la Loi sur les contrats économiques étrangers.
[333] Gallagher (N.) et Shan (W.), *op. cit.*, p. 30.

a été adoptée en 1993, c'est-à-dire 14 années après l'entrée en vigueur de la première loi portant sur les investissements étrangers. Cependant, l'adoption et l'application de la Loi des sociétés n'ont pas pu unifier le régime des entreprises à capitaux étrangers et le régime des entreprises chinoises, laissant ainsi subsister des conflits et des contradictions d'application entre les deux régimes. En effet, le travail de coordination entre les dispositions législatives a été mis de côté par les législateurs qui n'ont pas pris en compte les dispositions des lois portant sur les investissements étrangers pour élaborer la Loi des sociétés. Ces conflits existants entre les Lois des entreprises à participation étrangère et la Loi des sociétés ne sont pas uniquement créées par la politique des investissements étrangers qui est en constante mutation, mais sont majoritairement dues aux différences formelles et aux incohérences de fonds entre le droit des investissements et le droit des sociétés, et à l'incertitude quant à la question de savoir quel texte appliquer en cas de conflit interne de lois.

i. i. Application prioritaire théorique de la Loi des sociétés

201. Un régime général. La Loi des sociétés est entrée en vigueur le 1er janvier 2006, il s'agit d'un texte qui a non seulement pu consolider toutes les normes du droit des sociétés adoptées depuis 1994, mais qui représente également tous les éléments d'un droit moderne des sociétés, comparable à celui des pays civilistes occidentaux. Cette nouvelle loi reflète les besoins de la nouvelle politique d'économie de marché, renforce le caractère international de la société chinoise, et utilise des moyens rationnels afin de résoudre les difficultés susceptibles de survenir durant la vie d'une société [334]. Ainsi, comment combiner l'application d'une Loi qui est adoptée dans un tel environnement contemporain avec le droit des investissements directs étrangers qui n'a pas été modernisé depuis sa conception ? D'abord, la Loi des sociétés constitue une loi générale qui régit notamment la constitution, l'administration, les activités, la dissolution et la liquidation des sociétés établies en Chine, et elle s'applique aux entreprises chinoises, peu importe la source de leur capital social. En effet, cette Loi est le texte de référence pour toutes les sociétés chinoises, comme l'énonce son article 2 : « *la notion de "société" utilisée dans la présente loi, désigne les sociétés à risque limité et les sociétés par actions établies sur le territoire chinois, conformément à la présente loi* ».

[334] 周波, « 外商投資技業設立法務操作全程指引 », *法律出版社*, 2007, p. 17.

Étant majoritairement des sociétés à risque limité, les entreprises à participation étrangère doivent respecter non seulement le régime des investissements étrangers en raison de la nationalité étrangère de ses actionnaires, mais également celui des sociétés car, ce dernier régit les sociétés à risque limité, peu importe la source étrangère, ou nationale du capital de la société. En effet, une entreprise à capitaux étrangers est une société établie sur le territoire chinois[335], elle est donc de nationalité chinoise et doit ainsi se conformer aux lois et règlements chinois, cela comprend donc la Loi des sociétés. Cette position est confirmée par l'article 2 du règlement d'application de la Loi sur les EJV qui dispose que « *Conformément à la "Loi sur les EJV sino-étrangères", les EJV sino-étrangères qui sont autorisées à s'établir sur le territoire chinois constituent des personnes morales de droit chinois, et sont donc régies par le droit chinois, et protégé conformément à ce dernier* ».

202. Incarnation de la souveraineté étatique. Deuxièmement, l'application la Loi des sociétés est une condition *sine qua non* de l'effectivité de la souveraineté législative de la Chine. En effet, l'application territoriale d'une loi constitue un acte caractéristique de la souveraineté de l'État, et les personnes physiques et morales se situant sur le territoire chinois sont régies par le droit chinois. Ainsi, une société légalement établie chinois doit, bien évidemment, appliquer la Loi des sociétés conformément au principe de la territorialité de la loi. Ce principe est confirmé par l'article 2 du Règlement d'application de la Loi sur les WFOE, qui indique que « *les WFOE sont régies et protégées par la Loi de la Chine. Les WFOE exerçant une activité commerciale sur le territoire chinois doivent respecter les lois et règlements du pays, et ne doivent pas perturber les intérêts publics de la société chinoise* ».

203. Principe de l'application de la loi nouvelle. Troisièmement, les trois Lois sur les investissements directs étrangers ont été adoptées antérieurement à l'adoption de la Loi des sociétés, et en raison de la méthode pragmatique de l'élaboration des lois de l'époque, les trois Lois sur les investissements directs étrangers ont inévitablement laissé des vides juridiques et sont ainsi dépourvues d'une vision d'ensemble sur le régime des investissements directs étrangers. D'un autre côté, la Loi des sociétés régit l'ensemble des problématiques touchant les sociétés établies en Chine, et peut certainement combler les vides juridiques laissés par le droit des investissements directs étrangers[336]. De plus, l'application de la Loi des sociétés par les entreprises à capitaux étrangers aurait le bénéfice

[335] Voir la partie suivante sur le Cycle de vie d'une entreprise à capitaux étrangers.
[336] 周波, « 外商投資技業設立法務操作全程指引 », *法律出版社*, 2007, p. 18.

de pouvoir rénover le régime juridique des investissements directs étrangers et de perfectionner par la suite l'environnement des investissements en Chine.

ii. ii. Résolution des conflits de lois nationales

204. Principe de *specialia generalibus derogant*. L'article 18 de la Loi des sociétés de 1993 apporte une réponse au problème de conflit de lois national. Selon cet article, « *la présente loi s'applique également aux sociétés à risque limité à investissements étrangers. Dans les cas où les lois spéciales portant sur les EJV, les CJV ou les WFOE en disposent autrement, les dispositions des lois spéciales prévaudront sur celles de la loi générale* »[337]. Puis l'article 218 de la Loi des sociétés de 2005 énonce que les sociétés à risque limité à capitaux étrangers sont régies par la présente Loi, sauf si les lois spéciales applicables aux investissements directs étrangers en disposent autrement.

Ces deux dispositions définissent clairement les relations entre les Lois sur les investissements directs étrangers et la Loi des sociétés : en l'absence de contradiction entre les Lois sur les investissements directs étrangers et la Loi des sociétés, ou lorsque les Lois sur les investissements directs étrangers sont lacunaires sur une question, la Loi des sociétés est applicable. Cependant, en cas de conflit entre la Loi des sociétés et les Lois sur les investissements directs étrangers, ces dernières doivent être appliquées[338]. Ainsi, conformément à ces deux articles, qui sont une traduction de l'adage *specialia generalibus derogant*, la Loi des sociétés qui est une loi générale, doit être évincée en cas de conflit avec les lois spéciales portant sur les investissements étrangers, malgré l'ancienneté de ces dernières. Cependant, cet adage ne suffit pas à résoudre les conflits de lois nationales qui sont en réalité plus complexes que cela.

205. Éclarcissement apporté par la Loi des société de 2005. La nouvelle version de la Loi des sociétés de 2005 a non seulement élargi son champ d'application, mais a également apporté une solution pour les conflits de lois éventuels entre la Loi des sociétés et les Lois sur les investissements directs étrangers. Cependant, en raison des vides juridiques préexistants au sein des Lois sur les investissements directs étrangers, de nombreuses questions portant sur les investissements directs étrangers ne sont pas réglées par l'adoption

[337] Loi des sociétés de la République populaire de Chine, disponible sur http://www.china.org.cn/english/government/207344.htm, consult le 20 mars 2017.
[338] Qin (M. L.), *op. cit.*, p. 177.

de la Loi des sociétés, et certains conflits nationaux de lois ne peuvent pas être résolus par l'article 218 de la Loi des sociétés de 2005. Ainsi, trois situations sont possibles :

- **Lorsque les solutions apportées par les deux Lois sont identiques ou similaires.** En raison des nombreux points de contact entre les sociétés de droit commun et les entreprises à capitaux étrangers, les réponses apportées par les deux corpus de règles à une question de droit peuvent être similaires, voire parfois identiques. Par exemple, les dispositions portant sur la libération du capital social[339], la distribution du bénéfice [340]et la responsabilité limitée des actionnaires sont identiques dans la Loi des sociétés et la Loi sur les EJV sino-étrangères. Malheureusement, ces cas d'identité ou de similarité entre différents corpus juridiques sont peu nombreux pour les EJV, et encore plus rares pour les CJV dépourvues de personnalité juridique.
- **Lorsque les Lois apportent des solutions différentes.** Il s'agit du défaut essentiel du droit des investissements directs étrangers. En effet, chacun des corpus de droit apporte des solutions concernant la constitution, la libération du capital social, l'administration, la liquidation et la dissolution d'une entreprise ou d'une société. Cependant, ces dispositions qui règlent les mêmes situations peuvent être assez différentes. Par exemple, les Lois sur les investissements directs étrangers exigent l'obtention d'une autorisation de l'autorité administrative compétente lors de la constitution de l'entreprise, alors que la Loi des sociétés n'énonce nullement cette condition[341].
- **Lorsque chacun des régimes règle des questions différentes.** Il s'agit d'une situation qui n'existe qu'entre la Loi des sociétés et les Lois sur les investissements directs étrangers. Par exemple, contrairement à la Loi des sociétés, les Lois sur les investissements directs étrangers contiennent des dispositions concernant notamment les contrats de CJV, les contrats d'EJV, le pourcentage minimum d'apport des investisseurs étrangers au sein d'une entreprise à capitaux étrangers, l'administration du personnel. De l'autre côté, de nombreuses dispositions de la Loi des sociétés ne concernent pas les investissements directs étrangers, comme la condition du capital social minimum pour les sociétés à risque limité, la certification

[339] Articles 26 et suivants de la Loi des sociétés, les articles 4 et suivants de la Loi sur les EJV.
[340] Article 35 de la Loi des sociétés, article 8 de la Loi sur les EJV.
[341] À noter de ce traitement différentiel a été effacé avec la Réforme d'octobre 2016 qui a supprimé l'exigence d'une approbation administrative pour la majorité des projets d'investissements directs étrangers.

de la libération du capital social, la constitution du Conseil administratif et du Conseil de surveillance, et la détermination du pouvoir du gréant de la société.

206. Définition de la notion de « *cas spécialement prévus par la loi* ». Parmi les trois situations précédemment décrites, la seconde portant sur le conflit entre la Loi des sociétés et les Lois sur les investissements directs étrangers traduit l'intervention nécessaire de la notion de « *cas spécialement prévus par la loi* » et ne soulève aucune difficulté pratique. *Quid* de la troisième situation ? En effet, l'exigence de la constitution du Conseil administratif et du Conseil de surveillance est inscrite au sein de la Loi des sociétés, alors que les trois Lois sur les investissements directs étrangers n'obligent pas une telle constitution. Ainsi, selon cette logique, ces dispositions de la Loi des sociétés constituent des « *cas spécialement prévus par la loi* » par rapport aux dispositions de droit commun de la Loi des sociétés, et ne devraient pas être appliquées aux entreprises à capitaux étrangers. Au contraire, si ces dispositions de la Loi des sociétés ne constituent pas des « *cas spécialement prévus par la loi* » par rapport aux Lois sur les investissements directs étrangers, mais uniquement des dispositions de portée générale qui ont pour dessin de remédier aux carences laissées par les Lois sur les investissements directs étrangers, comme la constitution obligation du Conseil d'administration, alors ce conflit de lois interne doit être résolu au bénéfice des dispositions de la Loi des sociétés, ce qui n'est parfois pas adéquat. Il s'agit donc de la contradiction principale existant entre la Loi des sociétés et les Lois sur les investissements directs étrangers qui n'a pas été supprimée par l'article 218 de la Loi des sociétés.

207. Exemples de la constitution des entreprises à participation étrangère. Les premiers conflits apparaissent lors de la constitution des sociétés. D'abord, s'agissant du système d'approbation des entreprises à investissements étrangers et du système d'enregistrement de la Loi des sociétés. La constitution des sociétés à risque limité se fait selon un système d'enregistrement auprès de l'autorité d'enregistrement, conformément à l'article 6 de la Loi des sociétés. Il s'agit d'un mode d'établissement qui assure l'existence juridique de la société enregistrée au sein du marché chinois, et qui permet au gouvernement d'effectuer un contrôle ultérieur de la légalité de la gestion et des activités commerciales des sociétés. Contrairement à la Loi des sociétés, les lois portant sur les investissements étrangers ont opté pour le mécanisme d'approbation pour la constitution de l'entreprise à investissement étranger. Ce mécanisme d'approbation est une procédure administrative spécifique par laquelle l'État d'accueil s'assure non seulement que l'investissement étranger qui lui est soumis est conforme aux lois et règlements du pays et qu'il remplit également les exigences issues de

la politique économique de l'époque concernant sa spécificité par rapport aux entreprises existantes, son potentiel de développement et sa capacité de satisfaire aux besoins sociaux et économiques de la Chine. Ainsi, après un processus d'évaluation et d'appréciation, le gouvernement ou une autorité compétente approuve ou non l'investissement.

Ce traitement différencié au stade de la constitution est admis au sein de la communauté internationale. En effet, la majorité des États occidentaux ont adopté le mécanisme souple d'enregistrement pour les investissements nationaux, et le mécanisme strict d'approbation pour les investissements étrangers. En Chine, les lois portant sur les investissements étrangers avait choisi le mécanisme d'approbation pour plusieurs raisons : 1) ce système assure que l'établissement des entreprises à participation étrangère soit conforme aux lois et règlements de la Chine, 2) il évite le phénomène de la surcapacité, c'est-à-dire la concentration des entreprises dans un domaine particulier (exemple du textile qui est victime de la surcapacité[342]), 3) il garantit que l'introduction d'une entreprise à investissement étranger ne constitue pas une menace à la sécurité nationale, à l'ordre public ou au développement économique de la Chine, et 4) il prévient contre l'ingérence et le contrôle des investisseurs étrangers sur certains domaines essentiels de l'économie chinoise. En effet, le principe du mécanisme d'approbation veut non seulement que l'entreprise respecte les lois et règlements du pays, mais également qu'elle ait reçu l'approbation de l'autorité compétente pour être légalement constituée. En Chine, le mécanisme d'approbation des entreprises à participation étrangère n'est pas uniforme : chaque entreprise doit être soumise à un contrôle spécifique selon qu'elle est une EJV, une CJV ou une WFOE. En effet, le contrôle auquel les EJV doivent être soumises est souple et simplifié, alors que pour les WFOE, non seulement l'autorité d'approbation effectue un contrôle plus poussé, mais les WFOE doivent également obtenir l'accord des autres autorités avant de soumettre la demande auprès de l'autorité d'approbation, créant ainsi une barrière de plus pour les investisseurs qui souhaitent établir une WFOE[343].

3) *Mise en œuvre des lois sur les investissements directs étrangers par les mesures de nature administrative*

[342] European Chamber of Commerce, *Overcapacity in China*, 2016, disponible sur http://www.europeanchamber.com.cn/en/publications-archive/405/Overcapacity_in_China_An_Impediment_to_the_Party_s_Reform_Agenda_.

[343] Système d'approbation supprimé partiellement par la réforme d'octobre 2016. Voir paragraphe sur le contrôle administratif.

208. Principe. Le second niveau de la hiérarchie des normes est occupé par les mesures administratives, c'est-à-dire les règles, règlements, ordonnances et décrets adoptés par le Conseil des affaires de l'État en conformité avec la Constitution et la Loi. Ces mesures administratives (行政法規, *Xíngzhèng fǎguī*) sont ensuite complétées par des mesures, instructions, ordonnances et règlements émis par divers départements et commissions du Conseil des affaires de l'État (部門規章, *Bùmén guīzhāng*). Ces autorités détiennent un pouvoir normatif déterminé par la Loi sur la législation, et peuvent ainsi valablement adopter des règlements ayant pour but d'encourager ou de protéger les investissements directs étrangers[344], à condition que ces règlements respectent la limite de la compétence législative qui lui a été attribuée.

209. Pouvoir normatif du Conseil des affaires de l'État. Au pouvoir législatif que la Constitution accorde expressément au Conseil des affaires de l'État s'ajoute , en effet, un pouvoir législatif illimité qui est délégué par l'Assemblée nationale populaire et son comité permanent[345]. D'abord, en 1984, le Conseil des affaires de l'État a été autorisé à adopter des normes qui résolvent les problèmes économiques nationaux[346]. Puis dans la même année, ce même Conseil a obtenu la faculté de soumettre des projets de loi relatifs aux impôts industriels et commerciaux[347]. En 1985, l'Assemblée nationale populaire a voté une délégation de pouvoir législatif au bénéfice du Conseil des affaires de l'État, permettant à ce dernier d'adopter des normes juridiques relatives à la réforme économique et la politique d'ouverture[348].

Le Conseil des affaires de l'État est ainsi devenu l'une des institutions étatiques les plus influentes de la Chine grâce au pouvoir normatif qui lui a été accordé. En plus des milliers de règles et règlements portant sur les aspects de la vie politique, sociale et économique de la Chine, publiés par le Conseil des affaires de l'État, plus de 70 % des lois adoptées par l'Assemblée nationale populaire et par son comité permanent sont introduits et rédigés au préalable par le Conseil des affaires[349]. Ces règlements administratifs constituent le socle

[344] art. 10 de la loi de l'organisation du Conseil dl'État.
[345] La possibilité pour l'Assemblée nationale populaire et son comité permanent de déléguer le pouvoir législatif aux différentes autorités administratives est prévue de façon implicite dans la Constitution de 1982. L'article 89 (18) autorise le Conseil des affaires de l'État "*à exercer les autres fonctions et pouvoirs qui lui seraient impartis par l'Assemblée nationale populaire et par son comité permanent*".
[346] Résolution sur le Rapport du travail du gouvernement du 31 mai 1984.
[347] Résolution du comité permanent concernant l'autorisation du Conseil des affaires de l'État de publier des projetsde lois portant sur les impôts industriels et commerciaux, adoptée le 18 septembre 1984.
[348] Résolution de l'Assemblée nationale populaire sur l'autorisation du Conseil des affaires de l'État à adopter des règles et règlements provisoires portant sur la réforme économique et la politique d'ouverture, adoptée par le troisième session plénière du sixième Congrès national du peuple, le 10 avril 1985.
[349] Chen (J.), *Chinese Law*, *op. cit.*, p. 243.

juridique des activités d'investissements directs étrangers en Chine. En effet, en raison des lacunes législatives et surtout de la coloration politique du droit des investissements directs étrangers en Chine, le Conseil des affaires de l'État et ses départements ont adopté une multitude de règlements administratifs dans le domaine.

210. Catalogue d'orientation. Un règlement particulier régit en effet toutes les opérations d'investissements directs étrangers en Chine depuis 1995, et en raison de la nature politique du domaine des investissements directs étrangers. Il s'agit du Catalogue d'orientation industrielle des investissements[350]. Ce Catalogue, élaboré afin de se conformer au plan quinquennal en vigueur n'a pas de fondement législatif, mais a une valeur supra-législative. Selon le Gouvernement communiste, les investissements directs étrangers doivent être en corrélation avec son plan de développement économique et de sa politique industrielle. Son pouvoir de contrôle des investissements directs étrangers doit être exercé conformément à sa politique industrielle, et se fonde sur l'idée selon laquelle toutes les opérations d'investissements directs étrangers doivent être soumises à une procédure rigoureuse d'approbation. Cette logique se trouve à l'antipode de celle adoptée par le Gouvernement des États-Unis, par exemple, qui considère que seuls des investissements directs étrangers de grande envergure, ou touchant un domaine sensible, exigent l'approbation des autorités américaines. Il s'agit d'un aspect que les investisseurs étrangers occidentaux ont des difficultés à appréhender. Le fait que les règlements administratifs et ministériels aient une valeur législative, voire supra-législative, démontre une situation contraire à la conception occidentale de la hiérarchie des normes. Il revient donc aux investisseurs étrangers de chercher, parmi le nombre élevé de règlements administratifs et ministériels, celui ou ceux qui s'appliquent à leurs opérations d'investissement direct étranger. Il s'agit d'un travail au préalable laborieux et pénible, mais nécessaire à la pérennité et au bon fonctionnement de toute opération d'investissement direct étranger en Chine.

4) Adaptation du régime des investissements étrangers par les normes locales

211. Naissance des règlements locaux. Le troisième niveau est le pouvoir normatif des gouvernements locaux. Ce pouvoir a d'abord été institué officiellement par la Loi organique

[350] Voir Section 1, Chapitre 1, Titre 2 de la présente thèse.

des Assemblées locales populaires et des gouvernements locaux populaires en 1978[351], puis introduit dans la Constitution de 1982[352]. En 1982, par le biais d'un amendement sur la Loi organique de 1979, les comités permanents des Assemblées locales populaires des villes et des régions autonomes ont pu soumettre des projets de règlements locaux (地方性法規, *Dìfāng xìng fǎguī*) aux comités permanents des Assemblées locales populaires provinciales pour adoption. L'amendement de 1982 a également permis aux gouvernements locaux des provinces, régions, villes capitales et grandes villes, qui sont sous l'égide du Conseil des affaires de l'État, d'adopter certaines règles de nature administrative (規章, *Guīzhāng*)[353]. Puis, en 1986, un amendement a donné plus de pouvoir aux Assemblées locales populaires et leurs comités permanents, en leur octroyant la faculté d'adopter directement des règlements et des règles locaux[354], sans qu'une approbation ultérieure de la part des Assemblés locales populaires procinviales soit nécessaire. Enfin, grâce à trois décisions de l'Assemblée nationale populaire et de son comité permanent, quatre Zones économiques spéciales[355] ont reçu l'agrément d'adopter des règlements (法規, *Fǎguī*) dans le domaine de l'économie, à condition que ces règlements ne contredisent pas les dispositions constitutionnelles et législatives.

212. Champ d'applicabilité des règlements locaux. Conformément à la Constitution et aux dispositions législatives et réglementaires citées ci-dessus, les Assemblées locales populaires et leurs comités permanents détiennent le un pouvoir législatif délégué, leur permettant d'adopter des règlements locaux en matière d'investissement direct étranger au vu des besoins concrets et de la situation économique des zones géographiques, notamment dans les Zones économiques spéciales, ou les zones côtières où les opportunités d'investissement sont nombreuses. Il s'agit pour ces autorités d'encourager les

[351] Article 6 et 27 de la Loi organique de 1979.

[352] Article 99 de la Constitution : " *les assemblées populaires locales assurent l'observation et l'application de la Constitution, des lois et des règlements administratifs dans leurs circonscriptions administratives respectives, adoptent et publient des décisions, examinent et arrêtent des plans d'intérêt local concernant le développement économique et culturel et les services publics dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi*".

[353] Voir la Décision de l'Assemblée nationale populaire sur la révision de certaines dispositions de la loi organique des congrès locaux populaires et des gouvernements locaux populaires à différents niveaux, adoptée par la cinquième session du sixième Congrès national du peuple le 10 décembre 1982. Conformément à l'amendement de 1995, ces règles administratives locales doivent être déclarées auprès du Conseil des affaires de l'État pour enregistrement.

[354] Article 1 de la Décision du comité permanent de l'Assemblée nationale populaire d'amender la loi organique concernant les congrès locaux populaires et les gouvernements locaux populaire à différents niveaux, adoptée lors de la 18e réunion du comité permanent de l'Assemblée nationale populaire le 2 décembre 1986.

[355] Shenzen (1e juillet 1992), Xiamen (22 mars 1994), Shantou et Zhuhai (17 mars 1996).

investissements directs étrangers au niveau local afin de développer l'économie de la zone géographique dont ils ont la responsabilité.

Ces règlements locaux n'ont pas un champ d'application aussi large que les autres normes citées ci-dessus, et leur procédure d'adoption est simplifiée. Ils manquent également de cadre structurel, ce qui entraîne parfois une absence d'harmonisation avec les règlements issus du gouvernement central[356]. En effet, en raison des difficultés concrètes de certaines zones géographiques portant sur les investissements directs étrangers, surtout celles touchant les zones côtières, les gouvernements locaux sont plus enthousiastes quant à l'encadrement des activités économiques, par conséquent, certains règlements constituent des excès de compétence susceptibles d'être sanctionnés par l'Assemblée nationale populaire[357].

B. Un pluralisme juridique inavoué : vestiges de la culture juridique chinoise

124. Importance de la tradition juridique chinoise. La théorie officielle des sources du droit en Chine est moniste : la seule source autorisée du droit est le législateur[358], même si la réalité est plus complexe que cela, notamment en raison du nombre d'organes habilités à édicter des lois, comme nous l'avons précédemment démontré[359]. Cependant, la pratique témoigne que les règles issues d'autres sources que l'ordre juridique sont aussi contraignantes que la règle de droit, et servent parfois de fondement à la résolution de différends.[360] En effet, le droit des investissements directs étrangers comprend également des règles qui sont issues de la période impériale et de l'ère dynastique. Bien que le Parti communiste chinois ait tenté de faire table rase, durant la période maoïste, de tout ce qui était rattaché à la tradition culturelle chinoise, force est de constater que certains de ses éléments reviennent avec vigueur dans la Chine contemporaine. Ces règles forment ainsi un ordre normatif et « *peuvent être plus efficaces que les règles juridiques* »[361].

De nombreux composants de la tradition juridique chinoise sont considérés par les auteurs comme issus de la tradition confucéenne (551 – 479 avant J.-C.). Ce constat est cependant erroné : certes, Confucius a influencé la tradition juridique chinoise, mais nombre de ses enseignements constituent en réalité une codification pure et simple de la tradition qui lui

---

[356] 王文杰, "兩岸公司法比較讀解", *民理文化出板公司*, 1994, p. 45.
[357] Voir n°211 et suivants.
[358] Chen (J.), *Chinese Law. Towards an Understanding of Chinese Law, Its Nature and Development*, Th Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 97.
[359] Voir n°191 et suivants.
[360] Piquet (H.), *op. cit.*, p. 61.
[361] Rocher (G.), "Pour une sociologie des ordres juridiques», vol. 22, n°2, 1988, *Cahier du droit*, p. 108.

préexistait. De surcroît, cette tradition juridique est également façonnée par la pensée des Légistes (IIIe siècle avant J.-C.) qui parfois contredisent les pensées de l'école confucéenne. Ces deux écoles de pensée diffèrent en tout point quant à la vision du mode de gouvernement qui convient à la Chine et quant au rôle du droit dans l'État.

1) Éléments issus de l'ordre aristocratique : place secondaire du droit

213. Source première de la tradition chinoise : les enseignements de Confucius. Il est communément admis que le droit chinois traditionnel a toujours été subordonné à la philosophie qui accorde une attention particulière aux problèmes sociaux[362]. Cette remarque découle principalement de la philosophie de l'ordre aristocratique, représentée par l'école du Confucianisme (511-479 av. J.-C.). Cette école du Confucianisme constitue « un véritable phénomène culturel qui se confond avec le destin de toute la civilisation chinoise »[363] et devient une idéologie d'État à partir de la Dynastie des Hans (206-220 av. J.-C.) alors qu'il n'existait pas de droit unifié applicable à toutes les personnes vivant dans des royaumes divers. Pendant plus de deux mille cinq cents ans, et malgré les attaques répétées et virulentes durant la période maoïste au XXe siècle, le confucianisme a imprégné en profondeur les mentalités chinoises et le droit chinois jusqu'à nos jours.

214. Nature humaine dans le confucianisme. La philosophie chinoise classique enseigne qu'à l'origine, le droit n'existait pas. Le Prince règne par la vertu du Ciel, considéré non pas comme un être transcendant, mais comme le symbole de l'ordre naturel[364]. Le Prince n'édicte pas des lois pour trancher des litiges, mais interprète la loi naturelle et l'enseigne au peuple par son exemple. Connaissant la nature des choses, le prince se perfectionne et arrive à se conduire par la seule vertu[365]. En effet, « p*our édifier sa théorie du gouvernement et de la loi, l'école confucéenne, donnant la valeur d'un système aux intuitions et aux perceptions les plus primitives de la conscience de la race, partait d'un postulat : la bonté originelle de la nature humaine. Le Ciel ayant mis la loi naturelle dans le cœur de l'homme, le rôle du prince se limite à découvrir et à exalter cette loi en lui-même pour l'imposer à tous par son seul exemple, en suivant les enseignements des anciens* »[366]. Le trait distinctif du

[362] Gambaro (A.), *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, p. 385.
[363] Cheng (C.), *Histoire de la pensée chinoise*, Paris, Seuil, 1997, p. 55.
[364] Escarra (J.), supra, p. 27-28.
[365] *Ibid.*
[366] *Ibid.*

confucianisme est donc son humanisme. L'être humain est au cœur de la pensée confucéenne, mais cet être humain n'est cependant pas conçu comme une entité isolée : l'homme ne devient humain que dans sa relation à autrui, et l'humain n'existe que parce qu'il est lié aux autres[367]. L'autonomie de l'individu ne fait ainsi pas partie de la tradition chinoise.

215. Une société communautariste. Un individu ne se définit en Chine que par rapport à sa position au sein de la société. Cette société peut être dissociée en cinq relations cardinales, identifiée par le confucianisme : les relations parents-enfants, gouvernant gouverné, époux-épouse, aîné-cadet, ami-ami. Un individu ne se comporte pas de la même manière lorsqu'il se trouve dans une relation gouvernant-gouverné et lorsqu'il se trouve dans une relation ami-ami. Ces cinq relations cardinales exigent une réciprocité entre les individus, mais cette réciprocité n'est nullement égalitaire. Ensuite, l'individu et la communauté à laquelle il appartient sont interdépendants[368]. La société chinoise est « *communautariste* »[369] et l'individu ne cherche pas à se détacher de son entourage sous peine d'être marginalisé[370]. Il en résulte une logique de proximité selon laquelle il est difficile pour un individu chinois de nouer des relations avec des personnes hors de son cercle relationnel[371]. Ce communautarisme est démontré par l'expression chinoise « 內外有別 (*Nèiwài yǒu bié*) », qui se traduit littéralement par « ce qui est dedans doit être différencié de ce qui est dehors », et qui signifie qu'il est primordial pour un individu d'agir différemment selon que la personne en face de lui appartient ou non à son cercle habituel.

216. Une société harmonieuse. Un autre élément significatif pour le rapport de droit est l'ordre social, au sens de l'idéal confucéen de l'harmonie, c'est-à-dire l'ordre cosmique comportant une interaction réciproque entre le ciel, la terre, et les hommes[372]. Dans cette optique, l'homme se situe au sein d'une vaste cosmogonie, et doit se soumettre à l'universelle harmonie[373]. La voie de l'Homme consiste à osciller sans cesse du Ying au Yang afin de trouver le juste milieu, alors qu'en Occident, du moins dans les pays de tradition judéo-chrétienne, la voie de l'Homme consiste à se détourner du Mal pour atteindre le Bien.

---

[367] "*Le moi ne saurait se concevoir comme une entité isolée des autres, retiré de son intériorité, mais bien plutôt comme point de convergence et d'échanges interpersonnels*", Cheng (C.), *op. cit.*, p. 62.
[368] Hshieh (Y-W), "*The Status of the Individual in Chinese Ethics*", dans *The Status of Individuals in East and West*, Honolulu, University of Hawaii Press, 1968, p. 282.
[369] Picquet (H.), *op. cit.*, p. 36.
[370] Vandermeersch (L.), "*Pouvoir d'État et société civile*", dans *Etudes sinologues*, Paris, P.U.F., 1994, p. 341.
[371] Kwok (D.W.Y.), "*On the Rites and Rights of Being Human*" dans *Confucianism and Human Rights*, New York, Columbia University Press, 1998, p.87.
[372] Gernet (J.), *Le Monde chinois*, Paris, A. Colin, 1972 ; David (R.), C. Jauffret-Spinosi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains,* Dalloz, 12e éd., 2016, p. 435.
[373] Escarra (J.), *op. cit.*, p. 278.

L'un des comportements attendus de l'Homme chinois réside dans la capacité de céder et dans l'aptitude du compromis. L'invention de la loi devait donc apparaître aux philosophes chinois comme un mal, une infirmité nécessaire dont le rôle n'est donc pas primordial car, un citoyen ne doit pas avoir pour préoccupation de faire valoir ses droits personnels[374]. Tenter de faire valoir son bon droit en Chine était mal car, invoquer un droit individuel pourrait mettre en danger l'harmonie de la société[375]. Au contraire, le citoyen doit rejeter l'égoïsme en tempérant ses intérêts personnels par rapport à ceux des autres[376]. Cette harmonie est assurée par le refus de l'absolutisme et par l'adoption de la logique de transformation selon laquelle le réel est un continuum[377]. La civilisation chinoise, tant hier qu'aujourd'hui, évite le conflit en refusant la fixité qui nuirait à l'harmonie sociale. Aussi, faut-il tout faire pour réprimer la naissance de conflit et éviter ainsi le désordre et la rupture de l'harmonie[378]. L'attitude valorisée consiste ainsi à ne pas adopter de positions catégoriques dont l'effet ne peut que déboucher sur un blocage du dialogue et de la situation. À l'inverse, lorsqu'il est impossible de prévenir un litige, une attitude ouverte et flexible doit être adopté, afin de pouvoir trouver une issue consensuelle[379]. Ainsi, les rapports sociaux doivent être fondés sur la recherche du consensus et non pas sur la recherche d'une condamnation[380]. Cependant, ce consensus atteint à un moment précis peut ne plus être considéré comme valable dans le futur[381]. Cette manière de penser se retrouve souvent dans la pratique des affaires entre cocontractants[382]. Il en découle une attitude relativiste, souvent source d'irritation dans les relations d'affaires sino-étrangères. À l'inverse, les Chinois éprouvent des difficultés à comprendre d'autres comportements que le leur qu'ils qualifient d'obstinés et fermés.

217. Reconnaissance du droit par le confucianisme. Le confucianisme est souvent caricaturé en Occident comme une pensée qui propose de régir une société par le ritualisme

[374] Gambaro (A.), *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, p. 385.
[375] Paltiel (J. T.), "Cultural and Political Determinants of the Chinese Approach to Human Rights" dans *Human Right: Chinese and Canadian Perspective*, Ottawa, University of Ottawa, 1997, p. 35.
[376] Gambaro (A.), *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, p. 385.
[377] Jullien (F.), "Le sens du neutre" dans *Eloge de la fadeur à partir de la pensée et de l'esthétique de la Chine*, Edition Philippe Picquier, Paris, 1991, pp. 41-42.
[378] Gravereau (J.), *L'Asie majeure : la révolution silencieuse de l'Asie Orientale*, Paris, Grasser, 2001, p.73.
[379] Gambaro (A.), *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, p. 386.
[380] Gambaro (A.), *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, p. 385.
[381] Picquet (H.), *op. cit.,* p. 46.
[382] Par exemple, pour les chinois le contrat n'est que la concrétisation de la volonté des parties contractante à un instant donnée, et n'est donc pas susceptible de réguler toute la vie du contrat. Ainsi, les obligations de chaque partie doivent être fondées sur leurs relations tout au long de l'opération, qui peuvent s'éloigner de façon importante des dispositions du contrat initial.

à la place du droit. Cette description semble erronée : le confucianisme ne rejette pas le droit étatique ; au contraire, il en admet la nécessité. Conformément à la philosophie confucéenne, la source et l'application du droit sont fondées principalement sur les devoirs des sentiments humains (人情 *renqing)*, c'est-à-dire des obligations contraignantes au niveau personnel. Les différends doivent être résolus non pas en fonction des règles de droit, mais en fonction des relations existantes entre les parties et les règles de conduite appropriées aux circonstances de l'espèce[383]. Ainsi, le juge fonde sa décision sur sa propre sagesse et sur les critères éthiques du confucianisme qui permettent de définir ce que doit être l'état du droit dans la société, et d'apporter une solution à un litige non résolu à l'amiable[384].

218. Notions de **« *li* » et de « *fa* ».** L'élément clef ici est le « *Li* » (理), souvent traduit par le terme de « rites »[385], même si une traduction exacte de ce terme est impossible. Historiquement, le *Li* a d'abord désigné un rituel religieux avant de se transformer en un corpus de règle de comportements s'appliquant à la société[386]. Il représentait ensuite la coutume de la classe des nobles et la base de l'éducation aristocratique sous l'époque des Zhou, avant d'acquérir un nouveau fondement, l'autorité morale des anciens, avec les enseignements de Confucius[387]. À partir de cette époque, le *Li* assure la fonction de la Loi au sein de la haute société, créant une inégalité apparente entre classes sociales.

Le *Li* peut être appréhendé comme des règles de conduite applicables à des situations qu'une personne est susceptible de rencontrer au cours de sa vie[388]. Au contraire, le *fa* (法, le droit) suscite de la méfiance[389] et n'est pas indispensable en présence du *Li*. Il s'agit bien évidemment d'une vision idéaliste de la société et de la nature humaine, et suppose que tous les individus qui constituent la société connaissent et respectent les *li* de façon volontaire et générale. Le *li* n'est dont pas l'œuvre d'un législateur et a pour caractéristique d'être immuable[390]. Dans l'esprit des confucianistes, le *Li* était perçu comme distinct du droit, et

[383] Woo (M. Y. K.), "Law and Discretion in Contemporary Chinese Courts", *Cac. Rim. L. & Pol'y J.*, vol. 8, 1999, p. 588.
[384] Gambaro (A.), *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, p. 386.
[385] Li (X.), "La civilisation chinoise et son droit", *R.I.D.C.*, 514.
[386] Cavaleri (V.), *op. cit*., p. 34 et s.
[387] Gambaro (A.), *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, p. 386.
[388] *Ibid*, p.516.
[389] Gambaro (A.), *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, p. 387.
[390] *Ibid.*, p. 386.

revêtait une force contraignante plus grande que celle des règles de droit[391] pour réguler la société[392].

219. Notion de la « face ». La sanction du non-respect du *Li* n'émane pas de l'État, mais de la société, sous forme de pression sociale, concrétisée par l'humiliation de l'individu qui perdra alors la face (丢臉, *Diūliǎn*). On ne saurait d'ailleurs trop insister sur l'importance de la notion de « *mianzi* » (面子, la face) dans les pays asiatiques, et notamment en Chine. La crainte de perdre la face, ou de la faire perdre à ceux avec qui on se trouve en relation, agit comme un moteur puissant du conformisme social en Chine. La notion de honte est étroitement liée à celle de *mianzi*, mais l'importance de cette dernière n'est pas tant de faire ressortir le sentiment de la culpabilité, mais de préserver l'apparence, l'identité sociale et la façon dont une personne serait perçue en société. La notion de *mianzi* recouvre trois dimensions distinctes, mais dépendantes : la perte de la réputation morale, du prestige social et du sentiment personnel[393].

220. Rôle du droit selon le confucianisme. Le droit, limité à la matière pénale, était réservé aux personnes occupant un statut social inférieur[394]. De plus, les rapports entre l'État et la société ont été conçus pour que l'État « affecte le moins possible la vie sociale, pour fonctionner à part de la société, quoiqu'en y puisant bien évidemment ses ressources »[395]. Par conséquent, les membres de la société ne sont pas des citoyens, mais des personnes sociales.

221. Devoir mutuel entre citoyens. Le dernier élément du confucianisme qui a façonné la société chinoise est l'idée des devoirs qu'ont les individus les uns envers les autres. M. Vandermeersche en tire une conclusion : « *mettre l'accent sur les devoirs, c'est considérer la société sous son aspect hiérarchisé, alors que le juridisme occidental, qui met l'accent sur les droits, fait abstraction des hiérarchies sociales pour partir de l'égalité théorique de tous les individus* »[396].

---

[391] *Ibid*, p. 514.

[392] "*Les rites sont donc un mécanisme d'astreinte a la vertu, qui est ici opposé au mécanisme des sanctions pénales conçues, elles, pour contraindre à respecter des règlements d'État […]. Ce qui oppose ces deux mécanismes, c'est que l'un, celui des châtiments, est mis en oeuvre par une contrainte exercée par la puissance publique, alors que l'autre n'a pas besoin de cette contrainte parce qu'il joue plus subtilement sur le sentiment de la honte. La loi ne saurait qu'empêcher par coercition l'homme de faire le mal. Seul le sentiment de la honte, que développe la pratique des rites entraine un véritable debout de la mauvaise conduite*", Vandermeersche (L.), "Pouvoir d'État et la société civile dans la tradition confucéenne", *op. cit.,* p. 333.

[393] Li-Hua Zheng, "中國傳統法研究中的幾個問題", *法學研究*, 2003, n°30, p. 63.

[394] Traité des rites : les rites ne descendent pas jusqu'aux gens du commun, les châtiments ne montent pas jusqu'aux grands dignitaires.

[395] Vandersmeersch (L.), *op. cit.*, p.338.

[396] *Ibid*, p. 341.

2) Influences du légisme : importance du respect absolu de la loi du Prince

222. Historique. L'école du légisme a également laissé un héritage à la tradition juridique chinoise malgré des valeurs opposées à celles de l'école confucéenne. Née entre le IVe et le IIIe siècles avant J.-C., la pensée légiste constitue le «*fossoyeur de tout l'ordre confucéen* »[397]. Sous la dynastie Qin (221-207 avant J.-C.), la doctrine légiste a été mise en œuvre et a permis d'unifier la Chine, en contribuant à la chute de la féodalité au profit d'un souverain unique, et en édifiant une politique en opposition complète de celle que défendaient les confucianistes[398].

223. Philosophie du légiste. Les « *Légistes ont été avant tout des hommes d'action. […] Sans illusions sur les hommes, qu'ils croyaient naturellement mauvais, ils reconnurent, par expérience, les bienfaits d'un gouvernement fort, de lois sévères, d'une rigoureuse discipline militaire et administrative »*[399]. L'idée clef du légisme est de *« remplacer les liens humains par les règles juridiques, les devoirs personnels par les obligations abstraites* »[400]. Au gouvernement par l'homme (人治, *Rénzhi*) des confucianistes, les légistes opposent un gouvernement par la loi, le *fa*. La loi est destinée à remplacer les *Li*. Les légistes visent à abolir les privilèges des nobles et des classes supérieures en matière de procédure judiciaire[401]. Le droit légiste, qui est purement pénal à l'époque, s'applique à tous sans distinction, et revêt une autorité absolue[402]. Cette position a fait des légistes les premiers positivistes de l'histoire juridique chinoise. Ils ont réussi à opérer une révolution dans l'accès au droit par rapport à l'époque précédente, car ils ont codifié la loi, rendue publique par son

[397] Cheng (A.), *op. cit.*, p. 226.
[398] Escarra (J.), *op. cit.*, p.28.
[399] *Ibid.*
[400] Vandermeersch, *La formation du légisme*, Publication de l'École française d'Extrême Orient, 1965, p. 179.
[401] *Ibid*, p.194.
[402] Han (F.-T.), *Basic writings*, New York, Columbia University Press, 1954, pp.28-29. Cet important théoricien du droit résume ainsi la vision du légisme: "*The Law no more makes exception for men of high station than the plumb line bend to accommodate a crooked place in the wood. What the law has decreed the wise man cannot dispute nor the brave man venture to contest. When faults are to be punished, the highest minister cannot escape; when good is to be rewarded, the lowest peasant must not be passed over. Hence, for correcting the faults of superiors, chastising the misdeeds of subordinates, restoring order, exposing error, checking excess, remedying evil, and unifying the standards of the people, nothing can compare to law. For putting fear into the officials, awing the people, wiping out wantonness and sloth, nothing can compare to penalties. If penaltys are heavy, men dare not use high position to abuse the humble; if law are clearly defined, superiors will be honoured and their wrists will not be invaded. If they are honoured and their rights are inviolable, then the ruler will be strong and will hold fast to what is essential […]*".

inscription sur les tripodes de bronze[403], et rendu la loi objective du fait de cette codification. Il ne faut cependant pas confondre l'État des légistes avec la notion occidentale de l'État de droit. Selon certains auteurs, il s'agirait plutôt d'un État qui détient un pouvoir totalitaire *« à l'état pur, exclusivement centré sur la figure du souverain »*[404] dans lequel la nation tout entière n'existe que pour l'État[405].

224. Importance du Prince. La conception légiste voulait que le Prince soit l'unique source du droit. Cette vision de la suprématie absolue accordée au Prince et au devoir de loyauté des sujets envers lui n'est donc pas un élément issu de l'école confucianisme, mais de la doctrine du légisme[406]. Le Prince peut modifier la loi à tout moment, selon sa volonté et au gré de ses besoins[407]. Cette situation d'instrumentalisation de la loi crée un danger d'instabilité juridique et de déficit de la force de la loi[408]. Cette vision a changé en profondeur le fonctionnement du droit en Chine à long terme[409].

3) Éléments du droit chinois des affaires issues de la tradition juridique

a. Une société fondée sur la sauvegarde des *guanxi* (cercle relationnel)

225. Présentation. L'importance attachée aux *guanxi* n'est pas nouvelle en Chine et constitue un trait marquant de la civilisation chinoise à travers les âges[410]. On a beau connaître le contenu du droit des investissements directs étrangers, on ne peut pas réussir une opération d'investissement si l'on n'a pas les bonnes introductions et les bonnes relations car, il s'agit d'un système dans lequel les relations économiques se pratiquent *intuitu personae*. En effet, sans *guanxi* (關係), aucun investissement étranger ne peut avoir lieu. Se pose la question du contenu de cette notion. S'agit-il d'un réseau professionnel ou de

[403] Liu (Y.-P.), *Origins of Chinese Law. Penal and administrative Law in its Early Development*, Hong Kong, Oxford University Press, 1998, p. 188. Cette opération a pour but d'empêcher que le contenu de la loi ne soit déformé dans sa mise en oeuvre par les officiers magistrats. Une telle déformation avait été possible par le fait que la loi était consignée dans les archives qui demeuraient entre les mains des officiers.
[404] Cheng (A.), *op. cit.*, p. 232.
[405] Vandermeersch, *La formation du légisme*, *op. cit.*, p. 194.
[406] Liu (Y.-P.), *op. cit.*, p.183.
[407] *Ibid.*, p. 323.
[408] *Ibid.*, p.184.
[409] Piquet (H.), *op. cit.*, p. 46.
[410] Gold (T.), Gutherie (D.) et Wang (D.), "An Introduction to the Study of *Guanxi*", *Social Connections in China. Institutions, Culture and the Changing Nature of Guanxi*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 5.

relations d'affaires, ou bien d'amitié, ou d'une excuse pour réaliser des affaires de corruption ?

226. Définition. Les *guanxi* constituent le cercle relationnel dans lequel évolue tout individu[411]. Cet univers relationnel est codifié et revêt un caractère contraignant[412]. Il est fondé sur deux éléments ; la proximité et la réciprocité[413]. Le premier principe ne rencontre pas de difficulté particulière : il s'agit du sentiment de proximité qu'une personne ressent envers une autre. Le second principe est caractérisé par l'interdépendance entre deux individus : celui qui demande, et celui qui accède à la requête moyennant une rétribution appropriée[414], cette dernière pouvant consister en une somme d'argent ou un service d'égale valeur à rendre ultérieurement.

En Chine, la société est organisée sur un mode collectif. L'individu se définit en fonction de son appartenance à tel ou tel groupe. Les rapports interpersonnels revêtent donc un aspect primordial dans toute relation sociale. En ce sens, les *guanxi* sont intrinsèques à l'identité chinoise car elles sont productrices d'interaction entre les individus. Il ne s'agit pas exactement d'« avoir des relations », au sens où l'entend l'Occident. Le fait d'avoir des *guanxi* est positif et valorisant car elles permettent aux autres de savoir quels sont les amis ou protecteurs d'un individu. En effet, l'établissement de nombreuses bonnes *guanxi* rend compte de la capacité et des qualités d'une personne. Cependant, le terme *guanxi* peut parfois être assorti d'une connotation négative[415] qui est exprimée en chinois par l'expression « 走後門 » (*zou houmen*) qui signifie passer par la porte de derrière, c'est-à-dire obtenir quelque chose sans passer par les canaux officiels prévus pour cet effet[416]. Le risque de la mise en œuvre négative, lorsque les *guanxi* outrepassent la loi, est la possibilité de tomber dans le népotisme et la corruption.

227. Rapport avec la notion de *Xingyong* (la confiance). L'idéogramme de la confiance (信, *Xin*) est composé de l'homme (亻) et de la parole (言), exprimant ainsi la règle morale selon laquelle l'homme doit être lié par sa parole donnée. Et associé à l'idéogramme de l'utilisation (用, *Yong*), il désigne aussi bien le crédit moral que le crédit financier[417].

---

[411] Piquet (H.), *op-citi,* p. 53.
[412] Andrieu (J.), « Chine, une économie communautarisée, un État décomposé », *in* Aubert, Cabestan et Lemoine (dir.), *La Chine après* Deng, Juillet-septembre 1996, *Revue tiers Monde*, Paris, P.U.F., p. 682.
[413] *Ibid.*
[414] *Ibid.*
[415] Gold (T.), Gutherie (D.) et Wang (D.), *op. cit.*, p. 3.
[416] *Ibid*.
[417] Pairault (T.), « Xingyong, l'expression dela confiance en Chine *», Rapport moral sur l'argent dans le monde,* 1996, p. 397.

La notion de *guanxi* est intimement liée à la *xingyong*, c'est-à-dire la confiance qu'inspire une personne physique ou morale. Cette notion essentielle de la culture chinoise est confirmée par la déclaration de Sun Yat-Sen en 1924 : « *Les Chinois sont bien plus vertueux que les étrangers […]. Quand les Chinois commercent, ils n'ont aucunement besoin de contrat, il leur suffit de se signifier par oral leur accord mutuel* »[418]. En effet, nous ne pouvons créer des relations d'affaires qu'avec des gens de confiance, et si nous avons confiance à une personne, à quoi bon d'avoir un contrat ? Dans le milieu des affaires, cette confiance est assurée par l'existence préalable d'une *guanxi* entre les deux partenaires, c'est-à-dire une connaissance en commun (ami, famille, partenaire commercial), qui fait gage de la moralité des deux partenaires. Cette absence de contrat fondée sur l'existence de *xinyong* subsiste encore dans le milieu contemporain des affaires, surtout si les deux partenaires sont de nationalité chinoise, ou lorsque les partenaires sont des petites et moyennes entreprises.

228. Portée des *guanxi*. L'intensité du recours aux *guanxi* dans la Chine contemporaine divise les auteurs : certains considèrent que le recours aux *guanxi* se multiplie, d'autres considèrent qu'il diminue[419]. L'objet du recours aux g*uanxi*, en milieu urbain, vise dans le milieu des affaires, la levée des divers obstacles bureaucratiques à l'obtention d'un permis ou à la bonne marche du projet[420]. Des auteurs estiment que les règles issues des g*uanxi* priment sur les règles de droit[421], surtout dans le milieu des affaires en Chine[422]. La société chinoise d'aujourd'hui continue ainsi de percevoir comme légitime le recours aux *guanxi*[423]. Dans le monde d'aujourd'hui, cette notion revêt un intérêt nouveau avec l'occidentalisation du droit chinois dans les périodes récentes, par les questions liées à la relation entre la règle de droit et les *guanxi*.

229. Théorie de la complémentarité. En raison de l'absence d'un État de droit et du principe de transparence du droit, les *guanxi* ont très longtemps, et jusqu'à aujourd'hui, remplacé les structures institutionnelles chinoises. Ils sont en effet de puissants réducteurs d'incertitude législative et permettent de minimiser les coûts de transaction divers et variés

[418] *Ibid.*
[419] *Ibid.*, p.4.
[420] Wang (Y.), *Chinese Legal Reform. The Case of Foreign Investment Law*, London and New York, Routledge, 2002, p. 152.
[421] Gravereau (J.), *op. cit.*, p. 81; Wang (Y.), *op. cit.*, p. 152.
[422] Wang (Y.), *op. cit.*, p. 152.
[423] Sun (H.-K.), "程序正義", *將大法學*, 2003, p.91.

(commerciaux, sociaux...)[424]. Ils permettent également aux individus de gagner du temps en échappant parfois à des procédures longues et laborieuses. Ainsi, le droit étatique n'occupe parfois qu'une place secondaire par rapport aux *guanxi*, ce qui reflète non seulement la faiblesse du droit et des institutions en Chine[425], mais également la pensée confucéenne concernant la position inférieure du droit (*fa*) par rapport au rite (*li*). Un auteur avance l'idée selon laquelle si le droit veut gagner en légitimité, il doit incorporer les valeurs régissant les relations interpersonnelles en Chine[426]. Se pose donc la question de la relation entre les *guanxi* et le droit étatique. Les *guanxi* constituent-elles un obstacle au développement du respect du droit, ou sont-elles complémentaires au droit étatique ? Hélène Piquet identifie deux courants de pensée sur cette question[427]. La première, représentée par M. Pitman Potter, penche en faveur de la complémentarité de la loi et des *guanxi*, voyant dans ces derniers un mécanisme utile de médiation entre les justiciables et la règle de droit : les *guanxi* aident à l'effectivité du droit étatique[428], comblent les carences des institutions et des règles juridiques[429], et permettent d'assurer une certaine prévisibilité aux acteurs juridiques dans l'exécution du droit[430]. Cette position est remise en cause par un autre courant de pensée qui déplore le fait que les *guanxi* se voient accorder une légitimité et une effectivité supérieures à celle de la règle de droit[431]. « *La relation humaine prend le pas sur les codes juridiques, la souplesse des valeurs relatives sur l'absolu du droit* »[432] et « *il y a une efficacité au moins aussi importante dans la société chinoise que celle des lois ou des règles objectives du contrat en Occident. Rien ne saurait lui être supérieur, aucune contrainte législative ou réglementaire ne peut entraver cette fidélité-là* »[433]. Parmi les critiques portant sur les *guanxi*, celle portant sur la magistrature chinoise, qui décide en fonction des *guanxi* plutôt

[424] "Vous avez dit Guanxi 关系?», HEC, juin 2012, Disponible sur http://www.hec.fr/var/fre/storage/original/application/53036574ef86ee01d71390fa8dc0e417.pdf, consulté le 8 juin 2016.
[425] Wang (Y.), *op. cit.*, p. 183.
[426] Ho (T.), "法律与感情之间" (Entre la loi et les *guanxi*), disponible sur http://www.china-judge.com/ReadNews.asp?NewsID=1539&BigClassID=16&SmallClassID=15&SpecialID=31, publié le 27 mars 2002, consulté le 11 octobre 2019. Le site est uniquement en Chinois.
[427] Piquet (H.), *op. cit.*, p. 56.
[428] Potter (P. B.), "*Guanxi*", *in* Gold (T.), Gutherie (D.) et Wank (D.) (dir.)., *op. cit.*, p. 195.
[429] *Ibid*, p. 191.
[430] *Ibid*, p. 195.
[431] Entre autres: Cai (D.), "Development of the Chinese Legal System Since 1979 and Its Current Crisis and Transformation" (1999), *Cultural Dynamics,* p. 153; Sun (H.), *"程序正义", 现代法学*, 2003, p. 92.
[432] Gravereau (J.), *op. cit.*, p. 81.
[433] Piques (M.-C.), *Les miroirs de la négociation en Chine. Voyage dans l'univers mental et social chinois*, Paris, Editions Philippe Picquier, Librairie le Phénix, 2001, p. 51.

que de la règle de droit[434], est perçue comme une distorsion du droit, et comme néfaste pour son développement[435].

230. Utilité dans les relations d'affaires. Sur le marché chinois, le lien personnel et humain est un préalable à toute affaire. En effet, aucun contrat ne peut être conclu entre des parties qui ne se connaissent pas au préalable. D'où l'importance de cultiver et d'entretenir ses *guanxi* dans le milieu des affaires, ce qui exige une grande disponibilité, un effort considérable de la part d'un investisseur étranger. De plus, les règles ne sont pas uniformes et varient selon les circonstances. Il s'agit en effet du travail d'entretien des relations humaines avant tout, ce qui explique le caractère variable et aléatoire. L'avantage de ce travail poussé pour un investisseur étranger est qu'une fois le lien de confiance établi, le partenaire chinois sera d'une grande fidélité et utilité. L'établissement de cette *guanxi* signifie l'absence totale de trahison entre les partenaires. Ainsi, en cas de modification ou de renégociation du contrat, le partenaire chinois essaiera avant tout de parvenir à un accord avec son partenaire étranger[436].

b. Une justice fondée sur le compromis en société comme en affaires

231. « *Heqin, heli, hefa* » (合情，合理，合法). Le second élément essentiel dans la culture juridique chinoise est l'adage « *heqin, heli, hefa* », qui signifie que la solution finale doit être en accord avec les sentiments et les obligations qui existent entre les individus (*heqing*), en accord avec les principes de la justice jugés applicables au sein de la société à un moment donné (*heli*), et en accord avec les normes juridiques officielles (*hefa*).

Cet adage contient un sens de la justice qui prévaut en Chine contemporaine[437]. Il est utilisé dans le contexte de la résolution des conflits, et pour apprécier le caractère juste ou injuste d'un acte émanant de l'administration. Lorsque le magistrat fonde une décision sur cet adage, le résultat aboutit à couper la poire en deux et à procéder à un compromis qui va de pair avec le souci d'harmonie[438]. Le juge essaie de « dissoudre » une contestation plutôt que de la

[434] Li (H.), "论法院调解中程序法于司法约束的双中软化", *法学评论*, 1996, p. 12.
[435] Wang (X.), "法官道德对司法公正的双向斜轴效应", *法学评论*, 2003, p. 82.
[436] « Vous avez dit Guanxi ? », *op. cit.,* Disponible sur http://www.hec.fr/var/fre/storage/original/application/53036574ef86ee01d71390fa8dc0e417.pdf, consulté le 7 juin 2017.
[437] Piquet (H.), *op. cit*., p. 58.
[438] *Ibid*, p. 58.

résoudre et trancher[439] afin de sauvegarder la *face* des parties au litige. La formulation de l'adage est révélatrice de la hiérarchie des composants. Pour qu'une décision soit perçue comme légitime, elle doit d'abord être conforme aux sentiments humains, *qing*, puis au sens du juste adopté par la communauté concernée, *li*, et enfin au droit, *fa*[440]. Les trois composants ne peuvent pas opérer indépendamment les unes des autres, mais doivent s'appliquer de façon concomitante afin de trouver un équilibre. Cet équilibre nécessite une certaine souplesse, le poids accordé à chacune des composantes est susceptible de varier selon les interlocuteurs. La solution fondée sur cet adage fait que personne ne peut avoir entièrement raison ou entièrement tort[441].

232. Importance de la médiation. Le Parti communiste chinois a admis une certaine forme de pluralisme juridique en instaurant la médiation extrajudiciaire comme mode de règlement privilégié des différends considérés comme mineurs[442]. Le fondement de cette institution de la médiation fait place à d'autres normes que la règle de droit, entre autres, celle du « *qingli* », qui renvoie en fait à l'adage *heqing, heli, hefa*. Cette médiation opère sous la supervision des Cours populaires[443] et est reconnue par l'État comme forum privilégié de règlement des différends[444].

233. Renonciation des droits individuels. Mme Woo souligne que les justiciables continuent de privilégier cette logique particulariste[445]. Les relations entre les parties déterminent le règlement du litige. Sur la base de ces relations préexistantes, le but est de trouver une solution permettant à chaque partie du différend d'obtenir quelque chose, sans pour autant identifier de façon stricte la partie fautive. Certains magistrats adhèrent à cette vision de la justice et rendent des décisions fondées sur les *guanxi*[446]. Pour ces magistrats, il ne s'agit pas tant d'une obligation que d'une pression sociale pour qu'ils jugent en ce sens[447]. Les Chinois ont tendance à renoncer à leurs droits afin de préserver leurs relations[448]. Une

[439] David (R.), *Les grands systemes de droit contemporains*, *op. cit.*, p. 436.
[440] Piquet (H.), *op. cit*., p. 58.
[441] Sun (L.), "Les armes faibles des forts. L'usage des normes sociales informelles dans l'exercice du pouvoir", dans Thureau et Wang, dir, *Disputes au village chinois. Formes du juste et recompositions locales des espaces normatifs*, Paris, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2001, p. 27.
[442] Lubman (S.), *Bird in a Cage, op. cit.*, p. 219.
[443] *Ibid*, p. 221.
[444] Piquet (H.), op. cit., p. 63.
[445] Woo (M. K. Y.), "Law and Discretion in Contemporary Chinese Courts" (1999) 8 *Pac. Rim. L. & Pol'y J.*, p. 588.
[446] Li (H.), *op. cit.*, p. 12.
[447] Peerenboom (R.), *China's Long March toward Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 316.
[448] Lubman (S.), *Bird in a Cage. Legal Reform in China After Mao*, Standford, Stanford University Press, 1999, p. 235

logique reposant sur l'application stricte de la règle de droit répugne aux parties, en ce qu'elle entraîne inévitablement un perdant et un gagnant, ce qui illustre la notion de « perdre la face »[449].

III. Vers la reconnaissance du pouvoir normatif de la Cour populaire suprême

234. Situation contraire au système de droit civil. L'organe créateur du droit varie selon qu'on se situe dans un pays de tradition civiliste ou dans un pays de la *Common law*[450]. Malgré cette distinction primordiale, le magistrat détient la même mission, peu importe le système juridique auquel il appartient : celle de trancher le litige selon le droit. Cela donne lieu à un combat entre la sécurité juridique et la discrétion du pouvoir judiciaire[451].

Dans un État en transition tel que la Chine, où les transformations et développements de la société sont rapides, le juge doit avoir un rôle actif dans le processus normatif, soit par le biais de sa mission d'interprétation de la loi, soit par le biais de sa mission de création indirecte du droit. Cette double casquette du pouvoir judiciaire fait surgir une polémique, surtout dans les pays de tradition civiliste dans lesquels le pouvoir judiciaire ne détient que la simple, mais cruciale, tâche de résoudre des litiges[452]. Il convient donc d'analyser les mécanismes, que le juge chinois, et surtout le juge suprême, s'est octroyés pour s'élever au rang de créateur du droit. D'abord, il convient d'avoir un aperçu général du système judiciaire chinois (A), puis d'examiner en quoi la Chine est devenu un gouvernement des juges (B). Ce constat est d'autant plus imprtant avec la reconnaissance officielle du pouvoir normatif du juge suprême avec des mécanismes de « Décision d'orientation » (C) et d'interprétation judiciaire (B).

[449] Cheng (L) et Rosett (A.), "Contract with a Chinese Face : Socially Embedded Factors in the Transformation from Hierarchy to Market, 1978-1989", dans Tahirih V. Lee dir. *Contract, Guanxi and Dispute Resolution in China*, New York, Londres, Grland Publishing, 1997, p.198.

[450] Il s'agit certainement d'une description simplifiée des deux traditions juridiques. Pour plus de précision, voir David (R.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 2002, Dalloz.

[451] Woo (M. K. Y.), "Law and Discretion in the Contemporary Chinese Courts", *Pacific Rim Law & Policy Journal,* 1999, p. 597

[452] Wang Chenguang, "Law-making functions of the Chinese courts : Judicial activism in a country of rapid social changes", Front Law China, vol. 3, 2006, p. 1, disponible sur http://journal.hep.com.cn/flc/EN/10.1007/s11463-006-0025-2

A. Présentation de l'organisation du pouvoir judiciaire

235. Présentation. Les tribunaux populaires sont des organes judiciaires de l'État[453]. Ils sont composés par la Cour populaire suprême, les tribunaux populaires de différents niveaux locaux, les tribunaux miliaires et tout autre tribunal populaire[454]. Le rôle des tribunaux a subi un changement radical depuis la naissance de la Chine communiste. Pendant longtemps, ils ont été des outils au service de la dictature du prolétariat et des organes de répression. Désormais, ils sont compétents pour trancher des affaires civiles, économiques, pénales et administratives[455]. Il reste que l'indépendance de la justice demeure insuffisante. En effet, la présence d'un Comité de jugement au sein des tribunaux favorise un contrôle politique de la décision, tout comme l'intervention des Commissions des affaires politiques et juridiques, organes liés au Parti communiste central ou local et externe au tribunal, mais qui exercent un pouvoir influent en émettant des propositions dans certaines affaires décisives ou controversées[456].

1) Indépendance de jure du pouvoir judiciaire

236. Importance. MM. Melton et Ginsburg ont étudié les relations entre l'indépendance judiciaire *de jure* et l'indépendance judiciaire de facto, et ont conclu que le principe d'indépendance n'est pas un élément déterminant du pouvoir judiciaire, mais en constitue une simple condition qui démontre la qualité du pouvoir judiciaire[457]. Selon ces deux auteurs, les dispositions constitutionnelles relatives à l'indépendance judiciaire sont susceptibles de crédibiliser l'indépendance judiciaire pour trois raisons principales : d'abord, elles permettent d'isoler le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs par la réduction du nombre d'outils à la disposition des autres pouvoirs contre le pouvoir judiciaire[458]. Puis, elles augmentent le coût d'interférence avec les magistrats car, elles informent les ennemis du pouvoir judiciaire de la difficulté d'empiéter sur le pouvoir judiciaire[459]. Et troisièmement,

[453] Article 123 de la Constitution de la République populaire de Chine.
[454] Article 124 de la Constitution de la République populaire de Chine.
[455] David (R.), *op. cit.*., p. 459.
[456] X.-Y. Li-Kotovtchikhine, "Pragmatisme juridique et contrôle de l'activité judiciaire en Chine post-Mao", *RID Comp.*, 2006, 129.
[457] Melton (J) et Ginsburg (T), "Does De Jure Judicial Independence Really Matter?" A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence", *Journal of Law and Courts*, vol. 4, 2014, p. 187..
[458] *Ibid.*
[459] *Ibid.*

elles augmentent la chance pour les auteurs acteurs étatiques de s'allier avec le pouvoir judiciaire quand l'indépendance judiciaire est menacée[460].

237. Éléments constitutifs. Il existe six éléments qui composent l'indépendance judiciaire *de jure* : (1) l'affirmation du principe d'indépendance judiciaire ; (2) le mandat des magistrats ; (3) la procédure de nomination des juges ; (4) la procédure de destitution ; (5) les conditions de destitution et (6) la détermination du salaire des magistrats[461]. Parmi ces éléments, les règles gouvernant la procédure de nomination des magistrats sont les plus importantes pour la protection de l'indépendance judiciaire dans les États autoritaires ayant un système de séparation de pouvoirs[462].

238. Protection constitutionnelle. En Chine, le principe d'indépendance des tribunaux populaires est apparu avec la Constitution de 1954, dont l'article 78 énonce que « *les tribunaux populaires doivent statuer de façon indépendante, conformément à la législation applicable* ». La raison de cette incorporation du principe dans la Constitution, M. Cohen a souligné, en 1969, que « *l'insertion dans la Constitution semble refléter, du moins en partie, la croyance […] selon laquelle […] il ne suffit pas qu'une sanction soit prononcée par les tribunaux, encore faut-il que ces tribunaux aient l'apparence d'agir de façon indépendante* » [463]. Les chefs du Parti communiste chinois étaient conscients que sa légitimité, aux yeux du peuple chinois, reposait sur l'octroi du principe d'indépendance à son pouvoir judiciaire, ce qui explique la raison pour laquelle il a inclus le principe d'indépendance judiciaire dans sa Constitution dès le début de son règne.

Cet article a cependant été aboli dans les versions suivantes (1975 et 1978) de la Constitution. Ce n'est qu'en 1982 que le principe d'indépendance a été réintroduit dans la Constitution à l'article 126, qui énonce que « *Les tribunaux populaires procèdent de façon indépendante, conformément aux dispositions de la loi, et ne souffrent aucune ingérence des organes administratifs, des groupements sociaux ou des individus* ». Cet article ne contient que l'un des six composants de l'indépendance judiciaire *de jure* mentionnés par M. Melton et Ginsburg : l'affirmation du principe d'indépendance judiciaire.

239. Critique. Deux remarques doivent être soulevées. D'abord, selon l'article 126 de la Constitution le pouvoir judiciaire ne peut pas être influencé par d'autres organes administratifs, publiques, ou par d'autres individus. Se pose donc la question de savoir si le

[460] *Ibid.*
[461] *Ibid.*
[462] *Ibid.*
[463] Cohen (J. A.), "The Chinese Communist Party and "Judicial Independence": 1949-1959", *Harvard Law Review*, Vol. 82, No. 5, 1969, p. 1103.

pouvoir judiciaire peut être influencé par d'autres organes étatiques, tels que l'Assemblée nationale du peuple ou le Parti communiste chinois. Selon M. Li Yuwen, la législation chinoise positive ne consacre qu'un principe limité de l'indépendance judiciaire car, elle n'exclut pas encore l'intervention du Parti communiste chinois dans le travail de jugement du pouvoir judiciaire[464]. Le deuxième point concerne la formulation du principe d'indépendance judiciaire adoptée par la Constitution de 1982 comparée à celle de la Constitution de 1954. En effet, il semblerait que la disposition constitutionnelle de 1954 serait mieux formulée que l'article 126 de la Constitution de 1982 car, dans la première version, le juge est uniquement soumis à la législation en vigueur lorsqu'il procède de façon indépendance. Impliquant ainsi l'interdiction de toute ingérence externe.

Ainsi, le pouvoir judiciaire chinois jouit d'une indépendance judiciaire *de jure* en raison de la disposition constitutionnelle protégeant ce principe d'indépendance. Cependant, cet article de la Constitution ne suffit pas pour couvrir les cinq éléments du principe d'indépendance identifiés par M. Melon et Ginsburg. Certes, la Loi sur les juges contient des articles détaillés relatifs aux autres éléments restants, mais ces articles ne disposent pas de la valeur constitutionnelle.

2) Indépendance personnelle des magistrats

240. Définition. L'indépendance personnelle est assurée par une organisation du pouvoir judiciaire qui garantit que les juges ne soient pas influencés par l'exécutif[465]. Elle porte sur 1) la procédure de nomination et d'avancement des juges soit dépolitisée, 2) le salaire des magistrats ne doit pas être réduit de façon injustifiée, 3) la mutation et l'avancement des juges doit être juste et conforme aux règles préétablies, et 4) la répartition des litiges doit être faite de façon impartiale[466].

241. Loi sur les juges. Historiquement et traditionnellement, la Chine ne reconnaît pas le concept d'indépendance personnelle des juges. La Constitution chinoise ne mentionne pas non plus l'existence de cette notion. Il s'agit d'un développement nouveau apporté par la Loi

[464] Li (Y.), *Judicial Independence in China: An Attainable Principle?*, Eleven International Publishing, 2012, p. 15.
[465] IBA Minimun Standards of Judicial Independance, Standard 1(b).
[466] Peerenboom (R.), "Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumptions", *La Trobe Law School Legal Studies,* Research Paper No. 2008/11, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1283179, consulté le 28 avril 2015.

sur les juges[467], dont certains articles protègent l'indépendance personnelle des magistrats. Par exemple, l'article 8 de la Loi sur les juges énonce le droit des juges populaires 1) d'avoir le pouvoir et les conditions de travail adéquat pour le bon exercice de leurs fonctions et obligations ; 2) de ne pas subir d'ingérence de la part des organes administratifs, des organisations publiques ou des individus dans l'exercice de leur fonction de juger ; 3) de ne pas subir de sanction, de rétrogradation ou de destitution de façon injustifiée ou sans procédure spécifique ; 4) d'être rémunérés pour leur travail. En cas de violation d'un des éléments cités ci-dessus, les articles 45 à 47 de la Loi sur les juges prévoient la procédure à suivre.

242. Insuffisance. L'adoption de la Loi sur les juges a donc introduit le concept d'indépendance personnelle des magistrats dans le droit chinois. Cependant, les tribunaux locaux ont instauré un système incitatif qui porte atteinte à l'autonomie personnelle des magistrats. Le système de nomination des juges, surtout pour la nomination des présidents et vice-présidents des tribunaux, pose de grandes difficultés concernant le respect de l'indépendance personnelle des magistrats. Même s'il existe des exigences spécifiques pour la nomination des juges, aucune condition n'est définie pour la nomination des présidents et des vice-présidents des tribunaux. Par conséquent, il est possible que certains individus qui n'ont reçu aucune formation officielle en droit soient nommés présidents et/ou vice-présidents des tribunaux populaires, y compris de la Cour populaire suprême. L'ancien président de la Cour populaire suprême, M. Wang Shengjun[468], est un exemple parfait de cette situation délicate.

3) Indépendance interne des magistrats

243. Définition et problématique. L'indépendance interne des magistrats porte sur la procédure de jugement et assure que le juge soit indépendant vis-à-vis de ces collègues[469]. Une des critiques essentielles du pouvoir judiciaire chinois est que les magistrats qui entendent une affaire ne sont pas ceux qui décident sur le sort de l'affaire car, une décision

[467] Li (Y.), "Judicial Independence: Applying International Minimum Standards to Chinese Law and Practice", *China Information,* Vol. XV, n°1, 2001, p. 76.
[468] En raison du président Wang, le système judiciaire chinois a subi une regression importante concernant l'établissement de l'Etat de droit et de l'indépendance judiciaire entre 2008 et 2013. Voir Shang (J.), « 中國法治大倒退再現運動式執法 », *Yazhou Zhoukan*, Hong Kong, 15 août 2010, disponible sur www.yzzk.com/cfm/content_archive.cf
[469] IBA Minimum Standards of Judicial Independance, Standard 46.

judiciaire ne peut être adoptée qu'une fois que l'approbation du président d'une division particulière et du président ou vice-président responsable est obtenue, et après avoir consulté le comité décisionnaire. Il s'agit d'une règle qui contredit le concept de l'indépendance personnelle car, les magistrats qui entendent le litige ne détiennent en réalité que très peu de pouvoir décisionnel. Cependant, des auteurs considèrent que cette pratique de relecture des décisions est nécessaire en raison du manque de compétence de certains juges en début de carrière. De surcroît, elle permet de réduire la corruption au sein du pouvoir judiciaire et d'améliorer l'indépendance interne des magistrats car, le comité décisionnaire est moins susceptible d'être influencé par des éléments extérieurs que les juges en début de carrière[470].

244. Code de conduite du pouvoir judiciaire. Conscient de cette situation, la Cour populaire suprême a adopté le Code de conduite du pouvoir judiciaire en 2005 afin de garantir l'indépendance interne des juges. En effet, l'article 13 énonce l'obligation pour les juges de se respecter dans l'exercice de leur fonction de juger de façon indépendante, et de ne pas s'immiser dans une instance en cours ou influer un juge dans sa prise de décision.

245. Non-ingérence d'une juridiction supérieure. Un des aspects de la notion d'indépendance interne est la non-ingérence des juridictions supérieures. Normalement, les tribunaux supérieurs ne sont pas une menace pour l'indépendance judiciaire des tribunaux inférieurs. Cependant, ce risque peut se concrétiser lorsque les tribunaux supérieurs exercent illégitimement une influence sur les tribunaux inférieurs en dehors des cas spécifiquement prévus par la loi[471] (la procédure d'appel par exemple). En Chine, les juridictions supérieures ont adopté la pratique de répondre aux demandes des tribunaux inférieurs concernant des problèmes de droit qui relève d'un litige concret en cours. Les magistrats de la juridiction inférieure peuvent demander officiellement l'avis de la juridiction supérieure par écrit, ou de façon informelle par un appel téléphonique[472]. Cette pratique prive les parties au litige de leurs droits à l'appel car, elle enlève tout intérêt de la procédure d'appel, et rend les juges dépendants des juridictions supérieures.

4) Absence d'indépendance vis-à-vis des autres entités

a. Indépendance vis-à-vis du Parti communiste chinois

[470] Peerenboom (R.), "Judicial Independence in China: Common Myths and Unfounded Assumptions", *La Trobe Law School Legal Studies,* Research Paper No. 2008/11, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1283179, consulté le 28 avril 2015.
[471] *Ibid.*
[472] *Ibid.*

246. Spécificité de la Chine. Il s'agit d'une des problématiques majeures de l'indépendance judiciaire en Chine. M. Cohen a souligné en 1969 cette difficulté de la façon suivante : « *Il est difficile pour n'importe quelle nouvelle élite d'accepter une limitation sur sa liberté d'agir lorsqu'elle cherche à transformer de façon radicale la culture traditionnelle […]. Durant les premières années du régime, lorsque les autorités politiques communistes chinoises essayaient de définir et d'établir un consensus révolutionnaire pour refondre l'ancienne Chine, elles ont refusé d'être enchaînées par des contraintes judiciaires. De surcroît, la l'utilisé principale des juridictions n'était pas seulement d'être un instrument coercitif sur les opposants politiques, mais également d'être un instrument pour éduquer la société tout entière, faisant ainsi de l'instrumentalisation du pouvoir judiciaire un élément majeur du programme du régime communiste visant à introduire de nouvelles valeurs sociales* »[473]. Ainsi, depuis la naissance de la Chine communiste, l'exercice du pouvoir judiciaire a été intimement lié aux programmes politiques du Parti communiste chinois.

247. Critique. Il existe trois approches pour apprécier la relation entre le pouvoir judiciaire et le Parti communiste chinois. La première est la vision selon laquelle le Parti communiste chinois a un effet négatif sur l'indépendance judiciaire. Conformément à cette première approche, le Parti exerce son pouvoir de façons différentes et variées sur le pouvoir judiciaire, en influençant les idéologies, la politique et la croyance personnelle du juge, et peut parfois être directement impliqué dans la prise de décision sur un litige particulier[474]. Le plus inquiétant est l'existence du Comité de la politique centrale et des affaires juridiques (中央政法委, *Zhōngyāng zhèngfǎ wěi*), un organe du Parti communiste chinois qui interfère directement dans la gestion de litiges soumis devant les tribunaux populaires. En effet, un auteur souligne que le Comité de la politique centrale et des affaires juridiques est l'acteur le plus puissant dans le système de la justice, malgré le fait qu'il ne soit pas mentionné dans la législation chinoise[475].

La seconde approche est plus nuancée. Selon cette approche, les effets négatifs de l'influence du Parti communiste chinois sur l'indépendance judiciaire sont souvent exagérés. Certes, le Parti communiste exerce une influence sur les tribunaux, mais les tribunaux chinois ne constituent nullement des organes qui sont sous le contrôle absolu du Parti communiste[476].

[473] Cohen (J. A.), *op. cit.,* p. 1005.
[474] Peerenboom (R.), *op. cit.,* p. 78.
[475] Li (Y.), *op. cit.*, pp. 27-28.
[476] Peerenboom (R.), *op. cit.,* p. 79.

Au contraire, certaines mesures politiques du Parti communiste chinois ont notamment apporté des garanties supplémentaires à l'indépendance judiciaire vis-à-vis d'autres pouvoirs. Cependant, cette approche ne nie pas le fait que certaines influences du Parti communiste sont susceptibles d'empiéter sur le pouvoir judiciaire, lorsqu'il s'avère que l'intérêt général de l'État est en cause[477].

La troisième approche considère que le Parti communiste chinois influe positivement sur l'indépendance judiciaire. Cette approche est représentée par M. Zhu Suli, qui considère que le Parti communiste chinois est une force majeure dans la mobilisation, la promotion et l'application des réformes au sein du pouvoir judiciaire, même si, il le concède, certains programmes politiques ont involontairement empêché le développement d'un pouvoir judiciaire indépendant[478]. Cette position est défendue par une minorité d'auteurs, mais il est indéniable que la supervision du Parti communiste chinois sur le pouvoir judiciaire a limité dans une certaine mesure la corruption au sein des tribunaux[479] et la création d'un gouvernement des juges.

b. Indépendance vis-à-vis des Assemblées populaires

248. Pouvoirs des Assemblées populaires nationales et locales. L'influence des Assemblées populaires sur le pouvoir judiciaire se démontre sur deux points : 1) les juges et les présidents des tribunaux sont nommés et licenciés par les Assemblés populaires du niveau équivalent[480] et 2) les Assemblées populaires contrôlent la bonne application de la législation par les tribunaux[481].

249. Pouvoir de surveillance. Le contrôle des Assemblées populairess sur le pouvoir judiciaire est sujet à de nombreuses controverses. L'Assemblée nationale populaire est l'organe suprême de la République populaire de Chine et est responsable de superviser le travail du pouvoir judiciaire, y compris celui de la Cour populaire suprême[482]. Par exemple, la Cour populaire suprême doit soumettre des rapports de travail à l'Assemblée nationale populaire pour un contrôle annuel[483], et l'Assemblée nationale populaire peut demander ponctuellement à la Cour suprême de rendre des rapports concernant des questions d'ordre

[477] *Ibid.*
[478] Zhu (S.), "The Party and the Courts", in Peerenboom (R.) (ed), *Judicial Independence in China*, p. 53.
[479] *Ibid.,* p. 54.
[480] Article 11 de la Loi sur les juges.
[481] Li (Y.), "An Attainable Principle", *op. cit.*, p. 24.
[482] Articles 67 et 128 de la Constitution de la République populaire de Chine.
[483] Peerenboom (R.), 'Common Myths', *op. cit.*, p. 81.

général, même si elle ne le fait que très rarement[484]. Les Assemblées nationales locales disposent du même pouvoir de surveillance vis-à-vis des juges populaires locaux.

250. Responsabilité des juges devant les Assemblées populaires. Se pose la question de savoir si une Assemblée populaire peut empiéter sur le pouvoir de juger d'un juge lorsqu'une affaire est pendante devant sa juridiction. Selon M. Peerenboom, « *au sein de tous les systèmes de droit, il existe une tension entre l'indépendance judiciaire et la responsabilité judiciaire, et les deux concepts doivent être balancés. Considérant la situation actuelle de la Chine, plus précisément concernant certaines juridictions inférieures, le besoin d'une supervision est plus grand que dans d'autres État*s »[485]. La Constitution chinoise garantit le statut suprême de l'Assemblée nationale populaire et octroie aux Assemblés populaires locales le rôle de nature constitutionnelle de trouver l'équilibre entre l'indépendance judiciaire et la responsabilité judiciaire. Mais encore faut-il qu'elles arrivent à trouver l'équilibre entre les deux concepts et à ne pas abuser de leur pouvoir de contrôle en préférant mettre en œuvre la responsabilité judiciaire au lieu de garantir l'indépendance judiciaire.

B. Exercice du pouvoir normatif par l'établissement d'un gouvernement des juges

251. Présentation. En Chine contemporaine, en raison de la fragilité du droit chinois, les juges étatiques disposent d'une grande liberté dans l'exercice de leur fonction de juger. Comme nous l'avons précédemment abordé, la Cour populaire suprême chinoise détient un pouvoir normatif[486]. Quant aux juges des tribunaux autres que la Cour populaire suprême, ils introduisent subtilement l'équité dans leur pouvoir modérateur afin d'assurer le rôle de coordonnateur dans la communauté.

252. Établissement d'un gouvernement des juges (司法能). En 2009, le président de la Cour populaire suprême, M. Shengju Wang a énoncé que « *la justice sert, de sa propre initiative, à l'intérêt général et au développement économique et social* »[487]. En effet, ce gouvernement des juges, proclamé par M. Wang, signifie que le pouvoir judiciaire doit non seulement agir selon sa propre initiative — ce qui est contraire à la conception initiale de son rôle : qui est d'agir uniquement lorsqu'un justiciable la saisit —, mais elle doit également

[484] *Ibid.*
[485] *Ibid,* p. 82.
[486] Voir n°284 et suivants sur les Décisions d'orientation de la Cour suprême, et n°269 et suivants sur l'interprétation judiciaire de la Cour suprême.
[487] *Ibid.,* p. 363.

servir au développement économique et social, ce qui marque un lien intime entre la justice et la politique[488].

Proche de la notion de « *Judicial activism* » du droit américain[489], cette position du gouvernement chinoise prône une extension du pouvoir judiciaire à condition que ce dernier respecte les principes généraux du droit. Le juge chinois rend des décisions « équitables », non seulement en fonction de la loi, mais également en fonction du principe de l'équilibre des intérêts des parties au litige, notamment ceux de l'État[490].

Face à l'incertitude quant au rôle du juge, la Cour populaire suprême a défini la notion de gouvernement des juges dans une lettre du premier président en 2010[491]. Selon cette lettre, le gouvernement des juges est la situation selon laquelle les tribunaux populaires coopèrent activement avec le Parti communiste chinois et l'État chinois dans le but de promouvoir le développement scientifique du pays[492]. La justice est un service d'intérêt public qui agit pour le bien du peuple, pour la stabilité de la communauté et pour le développement de la société[493]. Ainsi, il est attendu que la justice prenne en compte les orientations politiques adoptées par le Parti communiste chinois afin d'arriver à une décision « *juste, équitable et raisonnable* »[494].

1) Reconnaissance de l'équité en Chine contemporaine

253. Définition. L'équité dans l'office du juge est un principe modérateur du droit objectif selon lequel le juge apporte des atténuations ou des modifications au droit, à la loi, en considération de circonstances particulières, afin de donner à chacune des parties au litige un traitement adéquat. Il s'agit d'une notion souple et évolutive et son emploi contemporain renferme plusieurs définitions.

---

[488] *Ibid.*

[489] "A philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions, usually with the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent", Garner (B. A.) (dir.), *Black's Law Dictionary,* 3e éd., St Paul Thomson/Est, 2006, s.v. "Judicial activism", p. 391.

[490] Zhou (J.), *op. cit.,* p. 364.

[491] Wang (S.), *能动司法与司法解释 (Explication sur l'activisme judiciaire et le pouvoir judiciaire)*, 8 avril 2010, disponible sur http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/rdlt/fzjs/2010-04/08/content_1566460.htm, consulté le 8 juin 2016.

[492] *Ibid.*

[493] *Ibid.*

[494] Zhou (J.), "De l'équité dans l'office du juge en Chine contemporaine", *Les Cahiers de Droit*, vol. 53, n°2, juin 2012, p. 350.

254. Le cas de la France. En France, la règle de principe est que le juge ne peut pas s'appuyer sur l'équité pour rendre une décision. En effet, l'invocation d'une règle de droit est nécessaire[495]. Cependant, la loi permet dans certains cas exceptionnels au juge de ternir compte de l'équité dans l'application de la règle de droit. C'est notamment le cas de l'article 1194 (ex-1135) du Code civil qui énonce que « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donne l'équité, l'usage ou la loi* », et l'article 12§4 du Code de procédure civile : « *Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* ».

Outre ces cas exceptionnels, la Cour de cassation a censuré à plusieurs reprises toute argument limitée à une simple référence à l'équité ou à la recherche d'une solution équitable[496]. Cependant, dans la pratique, force est de constater que les magistrats ont souvent recours à l'équité, à condition de respecter en apparence la primauté de la règle de droit.

255. Application de la notion d'équité par les magistrats chinois. Le juge chinois doit réaliser une coordination des intérêts, tels que l'intérêt de la majorité protégé par la loi, l'intérêt administratif et l'intérêt des parties. La clef de la coordination est l'équité, notion controversée dans la doctrine occidentale. L'équité dans l'office du juge chinois signifie que celui-ci se réfère à une idée en dehors de la loi et qu'il réalise une application plus souple des règles de droit afin de rendre une décision équitable. La définition du l'idéogramme désignant la « pensée » (想) est changeant et peut correspondre à la raison, à l'envie, à l'amour, au manque, etc[497]. En vertu de la culture juridique différente de la Chine, le juge se réfère à une notion d'équité qui est spécifique à l'empire du Milieu : inscrite dans le pouvoir réglementaire de la Cour populaire suprême, l'équité émerge graduellement comme une source de droit intégrée dans le pouvoir modérateur du juge. Il s'agit d'une notion qui est surtout utilisée par le pouvoir judiciaire chinois pour garantir l'équilibre des intérêts privés et publics.

---

[495] Article 12 du Code de procédure civile français : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.* »

[496] Cour de cassation, 6 mars 1876, Canal de Craponne : « *dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* » ; Cour de cassation, chambre civile 1, 3 février 1964, disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006964636.

[497] *Ibid.,* p. 363.

256. Une nouvelle source de droit ? Certes, les juges ont la mission de trancher le litige selon le droit. Cependant, selon Lord Denning, « *la réalité est que le droit est souvent incertain et qu'il doit être souvent modifié ou développé par le juge* »[498]. En Chine, un des rôles principaux du juge est d'adapter le droit au développement rapide, et parfois imprévisible, du pays, ce qui contredit le rôle classique du juge de la tradition civiliste qui doit être cantonné à un l'application simple et adéquate de la loi aux litiges. En effet, outre sa fonction de résoudre les litiges qui lui sont soumis, le juge chinois jouit d'un pouvoir élargi qui dépasse celui qui est classiquement attribué aux juges des pays de tradition civiliste. Lorsqu'il applique le droit à un cas qui lui est présenté, le juge populaire chinois détient un pouvoir d'interprétation créatrice[499] des règles de droit existantes qui peut être divisées en deux rôles : le premier est l'acte de concrétiser une règle de droit abstraite au vu des faits d'un litige, et le second est de changer le champ d'application ou le sens premier des règles de droit afin de les moderniser conformément aux besoins sociaux contemporains.
Le premier rôle adopte une logique formelle fondée sur le syllogisme juridique et le droit positif. La décision donnée par le juge selon cette application mécanique d'une règle de droit ne fait que rappeler une règle de droit avant de l'appliquer, et est compatible avec la tradition civiliste. Le second rôle a pour mission d'élargir ou de restreindre le champ d'application d'une règle de droit, ou d'en modifier le contenu. Il s'agit d'un mode d'interprétation qui subit de nombreuses critiques car, il empiète sur le pouvoir législatif, dont le monopole est attribué aux législateurs dans les pays de tradition civiliste.

2) Un gouvernement des juges nécessaire, mais inconstitutionnelle

257. Raison d'être du gouvernement des juge : un travail législatif imparfait. En mars 2008, M. Bangguo Wu, président du congrès national du peuple, a souligné qu'un système juridique socialiste aux caractéristiques chinoises est en pleine formation, la Constitution étant le noyau et la loi lui servant d'épine dorsale. Ce système est composé de 7 sections : le droit constitutionnel, le droit civil et commercial, le droit administratif, le droit économique, le droit social, le droit pénal, le droit procédural. Il est également divisé en 3 niveaux : les lois, les règlements administratifs et les règlements locaux. Il comprenait à l'épqoue 229 lois,

[498] Denning (A. T.), *The Changing Law*, Stevens & Sons Limited, 1953, p. vii.
[499] Wang (C.), "Law-making functions of the Chinese courts: Judicial activism in a country of rapid social changes", *Front Law China*, vol. 3, 2006, p. 4.

environ 600 règlements administratifs et plus de 7 000 règlements locaux en vigueur[500]. Cependant, de grands travaux législatifs restent à être effectués. Par exemple, le Code civil a vu le jour après de nombreux débats d'ordre théorique, portant principalement sur la place des propriétés individuelles, collectives et nationales au sein du Code civil. Il est donc nécessaire d'adopter des lois en matière économique qui soient adaptées à la transformation sociale et économique de l'époque. Face à cette situation d'incertitude législative, deux phénomènes peuvent être constatés : en cas d'absence de droit, le citoyen ne sait pas comment agir ; en cas d'inflation du droit, il ignore le droit en vigueur, ce dernier cas étant notamment la conséquence directe de la multitude d'autorités normative en Chine. Ainsi, en l'absence de législation claire et déterminée, ou lorsque la loi n'offre pas une solution juste équilibrée, le rôle du juge serait alors de choisir une règlement applicable selon son appréciation propre, ou de fonder sa décision sur la notion d'équité afin de trancher un litige.

258. Incompatibilité avec le principe d'État de droit. Ce phénomène cité ci-dessus pose des problématiques essentielles sur le rôle du pouvoir judiciaire chinois, notamment celle de la compatibilité de la fonction normative du juge avec la notion chinoise de l'État de droit. En effet, il a été précédemment montré que la source principale du droit est la loi (*fa*) adoptée par l'Assemblée nationale populaire qui représente la volonté populaire et qui constitue le pouvoir législatif[501]. Il en résulte que la fonction traditionnelle du juge doit être cantonnée à celle d'appliquer strictement la loi positive conformément au mécanisme de séparation des pouvoirs. Cependant, depuis la politique de réforme et d'ouverture, les tribunaux chinois tranchent de plus en plus de litiges qui ne sont pas prévus par les règles de droit existantes, ou qui sont régies par des dispositions législatives ou réglementaires indéterminées. Par conséquent, le juge est contraint, de par son environnement, à effectuer indirectement l'activité de création des règles de droit afin de remédier à la carence législative, établissant ainsi un gouvernement des juges.

C. Exercice du pouvoir normatif par l'application des « Décisions d'orientation »

1) Rôle des précédents dans la Chine prémoderne

[500] Wu (B.), "Un système legal socialiste aux caractéristiques chinoises se forme", [En ligne], www.news.xinhuanet.com/misc/2008-03/08/content_7746849.htm] (30 janvier 2012).
[501] Voir n°

259. Une tradition juridique fondée sur les précédents. Depuis la dynastie Han (206 av. J.-C. à 220 apr. J.-C), la tradition juridique chinoise comportait une forme de précédent qui jouait un rôle supplétif par rapport au droit écrit[502]. En effet, le droit chinois prémoderne était fondé majoritairement sur un système de codification qui étaitcomplété par un ensemble de jurisprudence. Durant les dynasties Song (960-1279) et Yuan (1279-1368), la jurisprudence était devenue une source du droit chinois pourvue de force juridique, et il était commun pour les fonctionnaires de la dynastie Yuan d'établir des compilations de décisions car, durant cette période, « *il y avait des décisions à citer, mais aucune loi à respecter* » (有例可援，无法可守)[503].

260. Caractéristiques. Cependant, le terme de *précédent* utilisé sous la Chine impériale ne doit pas être confondu avec celui utilisé dans le système de *Common Law*[504]. En Chine impériale, le pouvoir de juger était exercé par l'Empereur, ou par ses représentants locaux. Ainsi l'auteur d'une décision était le Conseil des affaires de l'État, c'est-à-dire le pouvoir exécutif, et non pas une autorité judiciaire comme dans les pays de *Common Law*[505]. Il existait divers types de recueils jurisprudentiels, dont l'autorité variait selon leur auteur : le recueil élaboré par l'Empereur comportait une véritable valeur normative[506], alors que ceux élaborés par les fonctionnaires impériaux ne servaient que de simple inspiration aux magistrats pour trancher des différends qui leur étaient soumis[507].

2) Reconnaissance limitée de la jurisprudence en Chine contemporaine

261. Un droit proche de la famille civiliste. En principe, dans un système de droit civil le juge n'interprète la loi que dans le cadre de sa mission de résolution des litiges. La décision issue du litige n'a d'effet qu'entre les parties au litige et ne lie que les parties au litige ; une tierce personne ne peut pas invoquer, ni être liée par ladite décision. Cependant, dans la pratique, nous pouvons constater la publication de nombreux arrêts décisifs dans des pays

[502] Wu (S), *op. cit.*, ¶ 7
[503] 张晋藩, *中国法制史*, 中国政法大学出版社, 1999.
[504] C'est-à-dire une règle de droit qui est créée par le juge. Elle se distingue de celle adoptée par le pouvoir législatif (*Statutes*)
[505] Bastid-Bruguière (M.), "L'esprit de la codification chinoise", *Droit*, vol. 27, n°129, 1998, p. 130
[506] *Ibid,* p. 137
[507] *Ibid,* p. 138

de tradition civiliste, et certains auteurs considèrent que la jurisprudence jouit de l'autorité de la loi malgré l'absence de reconnaissance officielle du système de *stare decisis*[508].

La Chine se rapproche de cette tradition de droit civiliste qui ne reconnaît pas la doctrine de *stare decisis.* Cependant, les juges des tribunaux inférieurs respectent, la plupart du temps, les décisions des Cours des échelons supérieurs et ne peuvent faire autrement, cela pour deux raisons : premièrement, il s'agit de la seule voie possible pour éviter l'infirmation des décisions par les cours supérieures et, deuxièmement, plusieurs cours ont instauré un système de versement d'amende par le magistrat dont la décision a été infirmée[509].

262. Importance de la création de la *Gazette*. Depuis l'établissement de la Chine en 1949, et particulièrement depuis la politique de réforme et d'ouverture de 1978, la Cour populaire suprême a voulu créer un système jurisprudentiel. À la fin des années 1970, la Cour populaire suprême a publié neuf jugements « contre-révolutionnaires » sur le plan interne, notamment le jugement de l'affaire *Liu* Dianqing, afin de corriger les décisions judiciaires injustes ou erronées qui avaient été rendues lors de la Révolution culturelle[510]. Au début des années 1980, la Cour populaire suprême a publié des décisions en matière pénale et a tenté pour la première fois d'interpréter les dispositions de la loi. Il fallut attendre jusqu'en 1985 pour que la Cour populaire suprême commence à publier les décisions intéressantes au sein de la *Gazette de la Cour populaire suprême de la Chine*. Depuis 1998, les décisions publiées par la *Gazette* n'ont plus à être examinées et validées par le Comité décisionnaire de la Cour populaire suprême avant leur publication[511].

La reconnaissance de la jurisprudence a fait des progrès réels avec la publication systématique des décisions de la Cour populaire suprême[512]. Cependant, malgré les efforts de la Cour populaire suprême d'octroyer auxdites décisions un poids juridique de valeur équivalente à celui des précédents dans la tradition de *Common Law*[513], les autorités judiciaires n'ont jamais utilisé le terme de « précédent » (*panli* 判例) pour désigner les

[508] Carbonnier (J.), *Authorities in civil law : France, from the Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*, Joseph Dainow, Louisiana State Universityy Press, 1974, pp. 92-103
[509] Wang (L.), *民法疑难案例研究*, Pékin, 中国法制出版社, 2002, p. 21
[510] 何兰阶等, « 实事求是，依法办事：江华同志逝世一周年祭", *人民网 (People's Daily Online)*, 27 décembre 2000, disponible sur http://www.people.com.cn/GB/channel1/11/20001227/363760.html, consulté le 6 septembre 2017.
[511] 王立峰, "中国案例指导制度的必要性和功能 (The Necessity and Function of China's Guiding Cases System)", *中国指导性案例项目 (China Guiding Cases Project)*, 15 octobre 2013, p. 3, disponible sur http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/9-professor-wang/, consulté le 9 juin 2017.
[512] David (R.), *op. cit.,* p. 495
[513] *Ibid*, p. 118

décisions de la Cour populaire suprême publiées dans la *Gazette*. En effet, elles emploient le terme de « décision »[514] (*anli* 案例), démontrant le dilemme au sein de la Cour populaire suprême: souhaitant s'inspirer des systèmes de *Common Law* en adoptant des précédents à valeur législative, la Cour populaire suprême est cependant consciente de la non-reconnaissance de la doctrine de *stare decisis* en Chine.

263. Exemple : la doctrine de l'imprévision. Nous pouvons mentionner certaines décisions du pouvoir judiciaire qui ont consacré des principes juridiques nouveaux, ou qui ont éclairé certaines dispositions juridiques existantes. C'est notamment le cas de la reconnaissance de la doctrine de l'imprévision[515] qui est reconnue par les décisions publiées de la Cour populaire suprême, sans qu'une disposition législative soit intervenue pour formaliser l'existence juridique de ladite doctrine[516]. Se pose la question de savoir comment interpréter l'omission du pouvoir législatif de consacrer l'existence de la doctrine de l'imprévision. S'agit-il d'un refus par omission de reconnaître une doctrine créée par le pouvoir judiciaire, ou d'une indifférence traduisant la tolérance du pouvoir législatif de laisser subsister une telle doctrine au sein du système juridique chinois ? La vision communément admise est de considérer que l'omission de la part du pouvoir législatif de consacrer ultérieurement une existence juridique à une doctrine découverte par la Cour populaire suprême ne constitue pas une abrogation implicite de la jurisprudence ayant créé ladite doctrine[517]. Ainsi, concernant la doctrine de l'imprévision, le manque de maturité de ladite doctrine et le manque d'expérience des magistrats expliquent le refus de l'Assemblée nationale populaire de reconnaître formellement son existence, mais cette omission ne supprime pas non plus la possibilité pour les magistrats d'appliquer la doctrine aux cas qui leur sont soumis.

3) Origines du système des Décisions d'orientation

264. Recueil de décisions. Comme nous l'avons précédemment décrit, la pratique de recueil des décisions se poursuit en Chine, comme dans de nombreux États de tradition civiliste. Certains recueils bénéficient d'un statut semi-officiel[518], ce qui bafoue le principe selon lequel la jurisprudence ne constitue pas une source du droit. Cependant, parmi les décisions

[514] Zhao (Z.), "行政判例研究", *法學研究*, 2003, vol. 1, n° 107, p. 109
[515] L'équivalence de la doctrine de *frustration of contract* du système de Common Law.
[516] La Loi sur les contrats n'a pas non plus mentionné la doctrine de l'imprévision dans sa version de 2000.
[517] Wang (C.), "Law-making functions of the Chinese courts : Judicial activism in a country of rapid social changes", *Front Law China*, vol. 3, 2006, p. 23
[518] Lubman (S. B.), *Bird in a Cage, op. cit.*, p. 284.

publiées dans la *Gazette*, seuls certains revêtent le statut de précédent et lient véritablement les tribunaux pour l'avenir[519]. Il s'agit des décisions de la Cour populaire suprême connues sous la dénomination de *Décisions d'orientation* (指導案例, *Zhǐdǎo ànlì*).

265. Reconnaissance officielle par la Cour populaire suprême. En 2005, la Cour populaire suprême a démontré sa détermination à rendre certaines de ses décisions plus influentes, avec l'adoption du Second Plan quinquennal de réforme des tribunaux judiciaire (2004-2008). Dans ce plan, elle a suggéré de « *mettre en place et de perfectionner un système de Décisions d'orientation* » au sein du pouvoir judiciaire et a prévu qu'elles auraient un rôle plus conséquent au sein du droit chinois[520]. C'est la première fois que la Cour populaire suprême utilise le terme de « Décision d'orientation », et mentionne l'établissement un système de Décisions d'orientation comme étant un objectif de la réforme judiciaire à venir. Le 26 novembre 2010, la Cour populaire suprême a promulgué les Dispositions de la Cour populaire suprême sur le travail des Décisions d'orientation. Malgré le fait que ces Dispositions ne contiennent que 9 articles, ces articles sont primordiaux pour créer un système de Décisions d'orientation qui prend en compte la taille du territoire chinois, l'inégalité de développement économique et social entre les régions, la complexité des litiges et la situation de « *litiges identiques, jugements différents* » (同案不同判) existent entre les juridictions, et entre les juges de la même juridiction[521]. L'objectif du système de Décision d'orientation est de guider le travail de jugement des magistrats, de créer une justice uniforme et d'encadrer le pouvoir discrétionnaire des juges. L'adoption des Dispositions en 2010 a non seulement résolu le conflit de longue date sur l'opportunité d'un système de Décisions d'orientation, mais offre également un fondement sur la valeur juridique et la procédure d'adoption des Décisions d'orientation.

4) Nécessité des Décisions d'orientation de la Cour populaire suprême

266. Séparation des pouvoirs. En Chine, la nature et les caractéristiques des systèmes législatif et judiciaire sont telles que les décisions judiciaires ne peuvent pas être une source du droit. L'article 126 de la Constitution chinoise précise que « *les tribunaux populaires*

[519] Piquet (H.), op. cit., p. 80.
[520] Wang (C.), "Law-making functions of the Chinese courts: Judicial activism in a country of rapid social changes", *Front Law China*, 2006, 3, p. 23.
[521] 王立峰, "中国案例指导制度的必要性和功能", *中国指导性案例项目*, 15 octobre 2013, disponible sur http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/9-professor-wang/, consulté le 2 septembre 2016.

exercent leur mission de juger de façon indépendante, conformément aux dispositions législatives ». L'article 58 de la Constitution ajoute que « *l'Assemblée nationale populaire et son comité permanent disposent du pouvoir législatif de l'État* ». Ainsi, les tribunaux n'ont pas le pouvoir de légiférer ». Si les décisions de la Cour populaire suprême avaient la même valeur juridique qu'une loi, cela signifierait que la Cour populaire suprême possède le pouvoir législatif, ce qui violerait l'esprit même de la Constitution. Les décisions de la Cour populaire suprême ne peuvent donc pas être des *precedents* sous le cadre actuel de la Constitution. Afin de remédier à cette inconstitutionnalité potentielle, la Cour populaire suprême a créé le concept de « Décisions d'orientation » afin de les différencier des précédents de la Common Law, et de respecter les termes de la Constitution.

267. Décisions similaires pour les litiges similaires. En raison de la taille du territoire chinois, il est fréquent que selon la juridiction saisie, une loi spécifique soit appliquée différemment à des litiges similaires, voire identiques. Cette situation crée non seulement une incertitude juridique vis-à-vis des parties au litige, mais également des effets néfastes sur la crédibilité du pouvoir judiciaire.

Certes, les interprétations de la loi effectuée par l'Assemblée nationale populaire et les interprétations de la loi effectuée de la Cour populaire suprême diminuent l'incertitude juridique. Cependant, en raison de leur caractère abstrait et général, ces interprétations n'effacent pas toute les difficultés liées à l'application concrète des lois. Afin de remédier à cette situation et d'assurer que les litiges similaires reçoivent une application similaire de la loi, l'article 7 des Dispositions énonce l'obligation pour le juge de « se référer aux Décisions d'orientation » lorsqu'un litige similaire lui est présenté.

268. Combler les carences législatives. La Chine est un pays qui dispose d'un territoire large et d'une culture riche et diversifiée. Également, elle traverse actuellement une période de transition économique et sociale. Certes, le système juridique chinois est relativement complet, mais de nouvelles difficultés juridiques continuent à apparaître avec le développement du pays. Face au caractère abstrait, général et immuable des dispositions législatives, les Décisions d'orientation deviennent nécessaires non seulement pour combler les carences de la loi, mais également pour assurer l'actualisation constante de l'application des dispositions législatives sans qu'une intervention du pouvoir législatif soit nécessaire.

5) Application des Décisions d'orientation de la Cour populaire suprême

269. Présentation. Les Décisions d'orientation n'identifient pas les parties au litige contrairement aux précédents des systèmes de *Common Law*, et résolvent uniquement les questions de droit qui ont une portée d'intérêt général de manière abstraite et générale. Pour ce faire, elle doit avoir les caractéristiques suivantes : 1) avoir une préoccupation générale de la société civile et commerciale ; 2) concerner les dispositions législatives qui ont une portée relativement générale ; 3) refléter la nature typique d'un cas ; 4) apporter une solution à une situation complexe, compliquée ou nouvelle ; 5) avoir un effet d'orientation pour les décisions ultérieures[522]. En effet, une jurisprudence d'orientation doit être une décision judiciaire ayant des faits juridiques qui sont clairement déterminés et établis, dans laquelle le droit en vigueur est correctement appliqué et les arguments suffisants pour que la décision soit bien fondée. En d'autres termes, il faut que la décision ait des conséquences positives sur le droit chinois et au sein de la société chinoise[523].

270. Demande de Décision d'orientation. Pour que la Cour populaire suprême établisse une jurisprudence d'orientation sur l'application d'une loi spécifique, une demande préalable est nécessaire. Cette demande peut être formulée par une des autorités de n'importe quel niveau du système judiciaire, mais également par « les représentants des Assemblées populaires, les membres des Conférences consultatives politiques du peuple chinois524, les assesseurs populaires, les experts et universitaires, avocats et d'autres individus appartenant à des domaines variés de la société civile »[525]. Conformément aux Règles d'application détaillée de 2015, une demande de jurisprudence d'orientation doit être adressée directement au Bureau de jurisprudence d'orientation[526]. Si le bureau considère que la demande de jurisprudence d'orientation est justifiée, il transmet la demande au Comité décisionnaire de

[522] Article 2 des Dispositions de la Cour populaire suprême sur le travail de jurisprudence d'orientation (《最高人民法院关于案例指导工作的规定》), adoptée par le Comité décisionnaire de la Cour populaire suprême le 15 novembre 2010, en vigueur depuis le 26 novembre 2010. Disponible sur https://cgc.law.stanford.edu/guiding-cases-rules/20101126-english./, consulté le 3 juillet 2017.

[523] Article 9 des Règles d'application détaillées sur les Dispositions de la Cour populaire suprême sur le travail de jurisprudence d'orientation (《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》), adoptées par le Comité décisionnaire de la Cour populaire suprême le 27 avril 2015, en vigueur depuis le 13 mai 2015. Disponible sur http://cgc.law.stanford.edu/guiding-cases-rules/20150513-english, consulté le 8 juillet 2017.

[524] Une assemblée consultative de la République populaire de Chine, sans pouvoir de décision. Placée sous la direction du Parti communiste chinois, elle regroupe les représentants des huit "partis démocratiques" et des organisations ayant fait alliance avec le Parti communiste chinois au sin du front uni patriotique lors de la Guerres civile entre 1946 et 1949. Cette assemblée permet à l'Etat chinois de consulter les divers groupes ethniques et autres organisations avant d'adopter des lois et règlements.

[525] Article 5 des Règles d'application détaillées sur les Dispositions de la Cour populaire suprême sur le travail de jurisprudence d'orientation.

[526] *Ibid.*

la Cour populaire suprême pour examen[527]. La Décision d'orientation est ensuite distribuée à toutes les Hautes Cours Populaires, puis publiée à la Gazette de la Cour populaire suprême, au Journal de la Cour populaire suprême et sur le site internet de la Cour populaire suprême afin d'assurer l'accessibilité au public[528], du moins en théorie.

271. Contrôle de la bonne application. Chaque Haute Cour Populaire est responsable du contrôle d'application des Décisions d'orientations au sein des tribunaux inférieurs de son ressort[529]. De surcroît, les fonctionnaires du pouvoir judiciaire sont encouragés, voire obligés, par la Cour populaire suprême à se renseigner sur les Décisions d'orientation potentiellement applicables, même en l'absence de demande des parties au litige[530]. Parallèlement, lorsque les parties au litige invoquent l'application d'une Décision d'orientation, pour éviter qu'un jugement soit infirmé par la juridiction supérieure, les juges doivent expliquer pourquoi ils ont accepté ou écarté l'application de la Décision d'orientation pour rendre leur jugement[531].

6) Application des Décisions d'orientation par les juges étatiques

272. Problématique. Certains juges considèrent cependant que les Décisions d'orientation disposent d'un « *effet* de facto *contraignant vis-à-vis des tribunaux inférieurs pour les litiges dont les faits sont similaires* »[532]. Se pose la question de savoir comment déterminer si les faits d'un litige sont similaires à ceux de la Décision d'orientation. Les effets d'une Décision d'orientation viennent principalement des « *éléments principaux du jugement* »[533]. Ses éléments principaux sont proches du *ratio decidendi* du système *stare decisis* de la *Common Law*, et expliquent l'essence même de la décision. Le système des Décisions d'orientation nécessite donc que les juges chinois soient formés pour reconnaître et appliquer les points principaux des Décisions d'orientation, non seulement pour identifier la Décision d'orientation applicable, mais également pour déterminer si les faits d'un litige sont similaires à ceux d'une Décision d'orientation.

---

[527] Article 6 des Dispositions.
[528] Article 8 des Règles d'application détaillées.
[529] Article 4 des Règles d'application détaillées.
[530] Article 11 des Règles d'application détaillées.
[531] *Ibid.*
[532] 郭锋法官, 中国法院指导性案例的编选与适用 (The Compilation and Application of China's Guiding Cases), *斯坦福法学院中国指导性案例项目 (Stanford Law School China Guiding Cases Project),* Jan. 27, 2017, p. 8, disponible sur http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/18-guo-feng, consulté le 17 juin 2017.
[533] *Ibid.*

273. Détermination des litiges similaires. Selon M. Hu Yuteng, Directeur du bureau de recherche de la Cour populaire suprême, la similarité d'un litige par rapport à une Décision d'orientation doit être fondée sur le comportement des parties et la nature du litige. En effet, une Décision d'orientation peut être soulevée uniquement lorsque les faits juridiques du litige et de la Décision d'orientation sont similaires[534]. Pour un litige civil, il s'agit des cas où le motif, les faits de l'espèce et la question de droit sont similaires de ceux de la Décision d'orientation.

274. Détermination de la partie à citer. Une Décision d'orientation est composée de six parties : les mots clefs, les points principaux, les règles juridiques applicables, les faits de l'espèce, la solution du jugement et les arguments juridiques. Contrairement aux décisions des systèmes de *Common Law*, la totalité des faits de l'espèce n'est pas exposée dans une Décision d'orientation. Les faits rapportés par la Décision d'orientation sont extrêmement synthétisés et rendus abstraits afin de permettre à la Décision d'orienter les jugements ultérieurs. Il s'agit en réalité d'une nouvelle forme d'interprétation judiciaire[535] qui offre aux juges populaires des indications concernant l'application d'une règle de droit. Le juge populaire doit uniquement citer la partie portant sur « *les points principaux* » de la Décision d'orientation.

275. Comment utiliser les Décisions d'orientation ? En l'état actuel, les tribunaux chinois n'ont pas à appliquer réellement les Décisions d'orientation. En effet, l'article 7 des Dispositions énonce que les tribunaux doivent se référer aux Décisions d'orientation lorsqu'un litige similaire leur est soumis. Le terme « *se référer* » (参照, *Cān zhào*) est un mot composé qui signifie « *consulter* (参考, *Cān kǎo*) et *suivre* (遵照, *Zūn zhào*) ». Lorsqu'un juge ne se réfère pas à une Décision d'orientation applicable, la juridiction judiciaire supérieure peut infirmer le jugement précédent et rendre une décision opposée. Cet argument n'est cependant pas suffisant pour rendre obligatoire la citation des Décisions d'orientation. Actuellement, aucune source juridique ne permet de reconnaître les Décisions d'orientation comme une source officielle du droit chinois, et elles n'ont pas la même valeur que les interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême. Au plus, elles peuvent être

[534] Voir, "两高"研究室主任详谈"中国特色案例指导制度"的构建》, *法制日报 (Legal Daily)*, 5 janvier 2011, disponible en chinois sur http://chenhangping.fyfz.cn/b/618214;jsessionid=FC72E46CAE51C14FB9A34AEF8F1E4EAC?tmp=25&loginUserId=-1&domainUserId=102918, consulté le 7 juillet 2016.

[535] Voir la section précédente.

considérées comme des « quasi-interprétations judiciaires »[536], et ne peuvent par conséquent pas être citées comme fondement légal d'une décision judiciaire. La Cour populaire suprême décourage expressément les tribunaux de fonder leurs jugements uniquement sur les Décisions d'orientation. En effet, les Règles d'application détaillée indiquent que les tribunaux inférieurs « *doivent citer les Décisions d'orientation comme un argument juridique, et non comme le fondement légal de leurs jugements* »[537]. Ainsi, les Décisions d'orientation ne constituent pas une source du droit chinois positif, mais une aide permettant d'orienter les magistrats dans leur travail de jugement.

276. Office du juge. Lorsqu'une ou plusieurs parties au litige soulèvent l'existence d'une Décision d'orientation applicable à l'espèce, il s'agit d'un argument juridique qui précise l'application d'une disposition législative. Ainsi, le tribunal doit décider et expliquer pourquoi il a accepté ou refusé de se référer à la Décision d'orientation. Si aucune des parties litigieuses ne soulève l'existence d'une Décision d'orientation, mais que le juge pense que le cas litigieux requiert l'application d'une Décision d'orientation particulière, il peut soulever d'office l'existence de la Décision d'orientation et l'appliquer au cas de l'espèce s'il démontre préalablement la similarité entre le litige et la Décision d'orientation. Cet office du juge n'est pas octroyé par une disposition législative ou réglementaire, mais est issu de la pratique judiciaire portant sur la responsabilité du juge d'appliquer correctement les dispositions législatives, même en cas de carence ou d'oubli des parties au litige[538]. Ainsi, les tribunaux ont une obligation *de facto* d'appliquer les règles issues des Décisions d'orientation de la Cour populaire suprême.

D. Exercice du pouvoir normatif par l'adoption d'interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême

1) Naissance du pouvoir normatif de la Cour populaire suprême

277. Caractère abstrait et général des Interprétations judiciaires. L'Assemblée nationale populaire est le seul organe qui dispose du pouvoir de légiférer. Cependant,

[536] Chen (K.), "How to Apply the Guiding Cases of the Supreme People's Court in Judicial Practice", *China Guiding Cases Project*, 22 avril 2012, p. 3, disponible sur http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/3- judge-chen, consulté le 17 juin 2017.
[537] Article 10 des Règles d'application détaillées.
[538] Chen (K.), *op. cit.*, p. 4.

l'organe judiciaire suprême chinois détient un pouvoir d'interprétation légal qui constitue un élément indispensable du droit chinois. En effet, la Loi organique des Cours populaires confie à la Cour populaire suprême la mission d'interprétation des lois et règlements du pays pour les difficultés portant sur l'application desdites lois et des règlements en matière de procédure judiciaire[539].

De façon générale, l'interprétation judiciaire ne survient pas lors de la résolution d'un litige concret[540]. La Cour populaire suprême ne procède à une interprétation judiciaire que si elle considère qu'une loi publiée nécessite un éclaircissement supplémentaire sur un point particulier pour être applicable[541]. L'interprétation judiciaire ne fait pas partie de la fonction classique du juge car, elle a pour but principal de modifier et de réformer une loi préexistante ; par conséquent, elle a une portée générale. En raison de cette caractéristique, cette fonction spécifique de la Cour populaire suprême fait l'objet de nombreuses critiques en raison de sa nature quasi législative[542]. De surcroît, ce mécanisme n'est pas assuré par un ou deux juges de façon individuelle, mais par un organe à part entière de l'autorité judiciaire : le comité judiciaire de la Cour populaire suprême[543], ce qui rend le mécanisme d'autant plus solennel. Certes, la jurisprudence n'est pas citée dans la Constitution en tant que source de la loi. Cependant, en raison de la possibilité pour les juges de citer les décisions issues de l'interprétation judiciaire dans les arrêts ultérieurs, les décisions issues du mécanisme d'interprétation judiciaire constituent, dans la pratique, une source de droit, contrairement aux pays de tradition civiliste classique. Ceci est inscrit au sein de plusieurs Règlements portant sur le travail d'interprétation judiciaire adopté par la Cour populaire suprême le 23 juin 1997. En raison du caractère général et abstrait des lois, les interprétations assurées par diverses autorités constituent une source importance du droit chinois. Sans ces interprétations, les lois sont non seulement inapplicables, mais également dépourvues de sens.

---

[539] Art. 32 de la Loi organique des Cours populaires dispose que "La Cour populaire suprême donne des interprétations sur les questions sur l'application concrète des lois et règlements en matière de la procédure judiciaire".

[540] Certaines interprétations judiciaires sont provoquées par des litiges concrets.

[541] Le but de l'interprétation judiciaire est de rendre applicable une loi que la Cour populaire suprême considère obscure et inapplicable. L'interprétation judiciaire ne doit donc pas être totalement abstraite car, le juge doit imaginer les litiges susceptibles de survenir dans l'application de la loi interprétée.

[542] Wang (C), "Law-making functions of the Chinese courts : Judicial activism in a country of rapid social changes", *Front Law China*, vol. 3, 2006, p. 14, disponible sur http://journal.hep.com.cn/flc/EN/10.1007/s11463-006-0025-2.

[543] *Ibid*, p. 15.

278. Catégories d'interprétation. Officiellement, il existe trois catégories d'interprétation de la loi : celle opérée par l'autorité qui a édicté la loi[544], celle effectuée par les autorités administratives lorsqu'elles appliquent la loi litigieuse, et celles issues de la Cour populaire suprême et le procureur de la Cour populaire suprême. Cette division du pouvoir d'interprétation est la conséquence de la Résolution du comité permanent portant sur le renforcement du travail d'interprétation de la loi de 1981[545] qui fournit des éléments généraux sur les catégories d'interprétations reconnues par le droit chinois.

279. Interprétation classique de la loi par le pouvoir législatif. Conformément à la Résolution de 1981, le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire doit, par le biais du mécanisme d'interprétation de la loi ou d'adoption de décrets interprétatifs (法令, *Fǎlìng*), clarifier ou compléter une loi obscure ou inapplicable. La Cour populaire suprême ou le procureur de la Cour populaire suprême opère à une interprétation de la loi lorsqu'une question de droit est soulevée lors de l'application concrète d'une loi. Si les deux interprétations diffèrent, il revient au comité permanent de l'Assemblée nationale populaire de donner l'interprétation finale à la loi litigieuse.

Le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire dispose du pouvoir exclusif d'interprétation des lois nationales. Cependant, il doit également assurer son devoir principal de légiférer. En effet, jusqu'à présent, son travail essentiel a été d'adopter une multitude de dispositions complémentaires aux lois nationales existantes. Ainsi, il est simplement irréaliste pour le Comité d'assurer l'interprétation des lois nationales, lorsqu'il est déjà surchargé par son travail législatif[546]. En pratique, les demandes d'interprétation des lois nationales soumises au comité permanent de l'Assemblée nationale populaire sont transférées au Comité des affaires législatives du comité permanent de l'Assemblée nationale populaire. Cependant, puisque le Comité des affaires législatives n'est pas une autorité législative, et n'est pas non plus investi du pouvoir d'interprétation de la loi. Ses interprétations n'ont, à proprement parler, aucune valeur juridique, et ne peuvent officiellement être utilisées qu'en tant que guides dépourvus de force obligatoire[547]. De cette

[544] La Constitution énonce que le comité permanent détient le pouvoir d'interprétation de la Constitution et des lois. L'article 67 (1) et (4) de la Constitution : "*Le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire exerce les fonctions et pouvoirs suivants : (1) interpréter la Constitution et veiller à son application […]; (4) interpréter les lois […]*".

[545] Adoptée le 19 juin 1981 par la 19e Assemblée du comité permanent du cinquième Congrès national du peuple.

[546] Shen (Z.), "On Legal Interpretation", *Legal Science in China*, vol. 6, 1993, p. 62.

[547] L'absence du pouvoir législatif du Comité des affaires législatives est souvent ignorée dans le processus législatif. Par exemple, les Dispositions diverses portant sur l'application de la loi de la procédure pénale sont

lacune d'interprétation de la part du comité permanent de l'Assemblée nationale populaire émerge une autre autorité interprétative, qui est la Cour populaire suprême.

280. Présentation du pouvoir d'interprétation judiciaire. En Chine, la Cour populaire suprême qui se situe au sommet de la hiérarchie juridictionnelle a l'autorité pour juger les affaires d'importance nationale en premier ressort, et pour statuer sur des litiges en dernier ressort. Outre la fonction qui consiste à juger, la Cour populaire suprême a un pouvoir supplémentaire spécial, probablement jalousé par les juges occidentaux, qui est son pouvoir réglementaire. Il s'agit d'un pouvoir qui permet à la Cour populaire suprême d'édicter régulièrement, en dehors de tout litige, des circulaires interprétatives qui sont en pratique dotées d'une autorité supérieure à celle des lois qu'elles interprètent. Ces circulaires interprétatives sont des « *interprétations judiciaires* » (司法解釋).

281. Application concrète des mesures politiques. À l'origine, cette fonction d'interprétation de la loi était attribuée à la Cour populaire suprême pour qu'elle puisse assurer une application uniforme des lois et des mesures politiques par les juges populaires, afin de donner plus de légitimité aux décisions judiciaires des tribunaux inférieurs en assurant une harmonisation du pouvoir judiciaire. Cependant, le pouvoir réglementaire de la Cour populaire suprême a subi un changement conséquent à la suite de l'abolition de « Six lois du Parti nationaliste » (六法全書). En effet, en raison de cette abolition, le droit chinois était plus démuni qu'auparavant : à part un petit nombre de lois en matière de mariage ou de réforme territoriale, aucune autre norme n'était applicable.

Face à cette situation de carence juridique le juge suprême a du recourir au mécanisme d'interprétation judiciaire. Selon un principe fondamental du Parti communiste chinois, tout magistrat doit se conformer aux mesures politiques. Ainsi, « a*vant que de nouvelles lois du peuple soient promulguées, il faut se conformer aux mesures politiques du Parti communiste chinois et à une variété de lois, règlements et résolutions publiés par le gouvernement populaire et par l'armée populaire de libération. Au cas où les lois du peuple seraient incomplètes, les institutions judiciaires fonderont leurs décisions d'abord sur les programmes politiques, les lois, les règlements et les résolutions ; à défaut, elles se conformeront aux mesures politiques de la Nouvelle Démocratie* »[548]. Cependant, malgré cette consigne, le gouvernement avait conscience que les mesures politiques ne pouvaient

adoptées conjointement par le Comité des affaires législatives, la Cour populaire suprême, le procureur de la Cour populaire suprême, le ministère de la sécurité publique et le ministère de la sécurité nationale le 19 janvier 1998.

[548] *Ibid.*

pas être des bases juridiques des décisions judiciaires, non seulement en raison de l'illégitimité des mesures politiques, mais également parce que ces mesures politiques étaient souvent inapplicables en raison de leur caractéristique abstraite et générale. C'est dans le dessein de faire appliquer de façon concrète les mesures politiques du Parti communiste chinois par les juges étatiques que le gouvernement a octroyé ce pouvoir judiciaire à la Cour populaire suprême.

282. Défaillance du mécanisme de surveillance judiciaire. Une autre fonction de l'interprétation judiciaire est de renforcer le pouvoir de la Cour populaire suprême quant à l'orientation des opérations de toutes les juridictions nationales afin d'unifier l'application du droit sur l'ensemble du territoire chinois. Conformément à l'article 10 de la Loi organique des tribunaux populaires de la République populaire de Chine, promulguée le 1er juillet 1979 par le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire, les magistrats des tribunaux populaires sont désignés ou révoqués par le comité permanent de l'assemblée locale populaire territorialement compétente du même niveau, après recommandation des présidents des tribunaux populaires. Les membres du comité judiciaire de la Cour populaire suprême sont nommés par le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire après recommandation du président de la Cour populaire suprême[549]. L'article 16 de la même Loi ajoute que « *la Cour populaire suprême est responsable devant l'Assemblée nationale populaire et doit rendre des rapports concernant son travail judiciaire à l'Assemblée nationale populaire et au comité permanent de l'Assemblée nationale populaire. Les tribunaux populaires locaux sont responsables devant les Assemblées locales populaires du même niveau, et doivent également rendre des rapports aux Assemblées locales populaires et à leur comité permanent. Les activités judiciaires des tribunaux populaires d'échelon inférieur sont assujetties à une supervision par les tribunaux populaires hiérarchiquement supérieurs* ». Ainsi, les activités judiciaires des tribunaux populaires sont toutes soumises à la surveillance de la Cour populaire suprême qui est l'autorité ultime du pouvoir judiciaire.

283. Insuffisance de la procédure d'appel. Le mécanisme de surveillance judiciaire de l'article 16 de la Loi organique est limité à un contrôle simple des décisions judiciaires par les tribunaux hiérarchiquement supérieurs. Il serait impossible d'unifier l'application du droit chinois avec ce mécanisme de surveillance car, la gestion des tribunaux revient aux autorités législatives locales, conformément à l'article 11 de la Loi organique. Bien que les

[549] Article 10 de la Loi organique des tribunaux populaires de la République populaire de Chine, Disponible en anglais sur http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/13/content_1384078.htm, consulté le 19 mai 2015.

autorités législatives locales aient l'obligation de veiller à la mise en œuvre des lois et règlements du pays, la tradition nous laisse à penser que les autorités locales ne sont que rarement fidèles aux mesures politiques du gouvernement central, et préfèrent souvent édicter des mesures locales dans le but de satisfaire les besoins spécifiques des localités. De surcroît, les tribunaux populaires locaux sont aussi plus susceptibles d'appliquer la politique locale plutôt que la politique centrale, en raison de sa subordination à l'autorité législative locale. Ainsi, toute tentative d'unification de l'application du droit chinois était impossible en l'absence d'une autorité ultime susceptible d'adopter des textes normatifs qui seraient appliqués par tous les tribunaux populaires nationaux.

284. Octroi officiel du pouvoir d'interprétation judiciaire à la Cour populaire suprême. Cette situation n'est cependant pas tolérée par le gouvernement central. Dans le but de remédier à cette insubordination des tribunaux populaires locaux et des autorités législatives locales, le gouvernement a finalement attribué une fonction interprétative à la Cour populaire suprême afin d'assurer la mise en œuvre des politiques centrales par les toutes les autorités judiciaires du pays. Une résolution du comité permanent de l'Assemblée nationale populaire sur l'interprétation de la loi en 1981 énonce que, « *dans les cas où les lois et les règlements du pays auront besoin d'être précisés ou complétés, le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire doit fournir une interprétation par voie de règlement complémentaire* »[550], et si *« l'interprétation de la loi est nécessaire lors d'une instance de jugement, c'est la Cour populaire suprême qui se chargera de l'interprétation de la disposition imprécise* »[551]. Ainsi, c'est avec cette résolution de 1981 que la Cour populaire suprême s'est officiellement vu octroyer le pouvoir d'interprétation de la loi.

2) Statut juridique du pouvoir normatif de la Cour populaire suprême

285. Statistiques. Le mécanisme d'interprétation judiciaire a connu un accroissement sans précédent, tant par le nombre d'interprétations que sur la taille des interprétations. En effet, concernant le nombre d'interprétations judiciaires, de 1950 à 1960, le nombre annuel moyen était de 50 interprétations judiciaires, alors qu'entre 1977 et 2004, le nombre annuel moyen avait augmenté jusqu'à 59 interprétations judiciaires. Quant au volume des interprétations

[550] Point I de la Résolution de l'Assemblée nationale populaire sur l'interprétation de la loi en 1981, adoptée à la 19e réunion du comité permanent de l'Assemblée nationale populaire le 10 juin 1981, disponible sur http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=28&CGid, consulté le 13 janvier 2015.
[551] Point II de la Résolution de l'Assemblée nationale populaire sur l'interprétation de la loi en 1981, *op. cit.*

judiciaires, de 1977 à 2004, 24 circulaires contenant plus de 50 articles ont vu le jour, dont 8 d'entre eux avaient plus de 100 articles, 2 circulaires disposaient de plus de 200 articles, et 2 regroupaient plus de 300 articles. Cette expansion du volume d'interprétation judiciaire traduit une transformation de la nature des interprétations judiciaires. En effet, ayant initialement la fonction d'interprétation des lois, la Cour populaire suprême s'est octroyée la fonction de corriger les effets indésirés des lois et règlements, et de réécrire les lois et règlements imprécis[552].

286. Un pouvoir normatif autoproclamé. Initialement, selon le principe de la séparation des pouvoirs, la création et l'interprétation de la loi étaient du ressort unique de l'Assemblée nationale populaire et de son comité permanent. Le travail interprétatif de la Cour populaire suprême consistait simplement à une opération d'interprétation technique et littérale des lois imprécises. Cette situation initiale a subi un changement drastique en 1984 avec l'adoption de *Résolution portant sur les questions de l'application des lois dans les affaires criminelles économiques* par la Cour populaire suprême et son parquet. Il s'agit d'un texte de 5 pages consacré à 6 articles de la Loi pénale de 1979 qui visent notamment les nouvelles infractions économiques telles que la malversation, la spéculation et l'escroquerie. En effet, la réforme économique en cours depuis 1979 avait plongé le monde des affaires dans une phase transitoire dans le but de transformer la politique initiale d'économie planifiée en une politique d'économie de marché. Durant cette période de transition de la politique économique chinoise, de nouveaux faits juridiques ont vu le jour sur le marché chinois, créant ainsi des difficultés quant à la détermination de la légalité desdits faits qui n'étaient pas encadrés par la Loi pénale de 1979. Face à cette situation de carence juridique, la Résolution de 1984 est alors adoptée, ce qui a permis à l'autorité judiciaire suprême d'effectuer des interprétations créatives, afin d'encadrer ces nouveaux faits susceptibles d'être illégaux. Puis, le *Code de procédure civile* est promulgué en 1991, et la Cour populaire suprême édicte un nouveau circulaire appelé l'*Avis de l'application du Code de procédure civile*, dans laquelle on consacre 320 articles à l'interprétation du Code qui ne compte que 270 articles. Un usage est alors établi : la Cour populaire suprême édicte habituellement des circulaires interprétatives relativement à l'application de nouvelles lois selon la compétence de la juridiction. La nature de la fonction interprétative de la Cour populaire suprême change, elle ne s'arrête pas à une simple interprétation de la loi, mais tend plutôt vers une création de la loi.

[552] Conformément à l'article 67 de la Constitution et à l'article 42 de la Loi sur la législation

287. Catégorisation des circulaires d'interprétation judiciaire. En 1997 est adopté le *Règlement relatif au travail de l'interprétation judiciaire* qui sert de point de départ en vue de la normalisation du pouvoir d'interprétation judiciaire de la Cour populaire suprême. Selon ce texte, les circulaires d'interprétations judiciaires se divisent en 4 catégories : l'interprétation (解釋), le règlement (規定), l'avis (批覆) et la décision (决定**).** L'interprétation consiste à donner des précisions pour éclairer la loi afin que les juges l'appliquent dans leur fonction judiciaire. Le règlement concerne la régularisation des questions procédurales en matière de jugement. Il est à noter que l'interprétation et le règlement, selon leur forme, sont habituellement des documents longs, dont la quantité dépasse parfois le texte de la loi, et doivent permettre de réaliser une interprétation globale de la loi. L'avis est une interprétation fragmentaire de la loi que la Cour populaire suprême donne à la demande des juridictions (les cours supérieures et les cours militaires) sur des questions de droit nouvelles et complexes. Enfin, la décision sert à modifier ou à annuler les circulaires interprétatives.

288. Procédure de l'interprétation judiciaire. L'édiction de circulaire interprétative respecte une procédure rigide qui se divise en plusieurs étapes : 1) l'élaboration du projet, 2) le contrôle et 3) l'adoption par le Comité judiciaire de la Cour populaire suprême ainsi que la publication.

Classiquement, le projet d'interprétation judiciaire est proposé par les chambres de la Cour populaire suprême, ou ordonnée parfois par son Comité décisionnaire. Cependant, les députés de l'Assemblée nationale populaire et du Comité national de la Conférence politique consultative du peuple chinois, les organes de l'État, des organisations sociales et les citoyens ont également la possibilité de soumettre une proposition d'interprétation judiciaire auprès de la Cour populaire suprême. Le projet ou la proposition est ensuite préparé par un bureau spécialement désigné et approuvé par un vice-président responsable.

Une fois qu'un projet d'interprétation judiciaire a été rédigé, il convient de publier ce projet pour une consultation publique. La Cour populaire suprême envoie parfois le projet à l'Assemblée nationale populaire et à son comité permanent, ou aux autres comités, pour avoir leurs commentaires. Le projet déposé pour consultation publique doit inclure la planification du projet, les rapports de recherche, les commentaires, les principales questions litigieuses et les fondements législatifs pertinents.

Une fois que les commentaires ont été recueillis, le bureau désigné de la Cour populaire suprême peut modifier le projet ou garder le projet en l'état pour l'envoyer au Comité judiciaire pour adoption. Une fois adoptée, la circulaire d'interprétation paraît sous forme d'une annonce de la Cour populaire suprême, c'est-à-dire publiée dans le bulletin de la Cour

et le *Journal de la juridiction populaire* (人民法院報). Elle entre en vigueur dès sa publication, sauf disposition contraire des dispositions législatives ou réglementaires.

289. Statut légal des circulaires d'interprétation. Selon la Cour populaire suprême, les circulaires d'interprétation « *ont force de loi* », ce qui les place dans la hiérarchie des sources du droit. Les juges ont la faculté de se fonder sur une loi ou une circulaire interprétative. Dans une circulaire publiée en mars 2000, intitulée Interprétations relatives à la Loi sur la procédure administrative, la Cour populaire suprême a décrété la supériorité de ses circulaires interprétatives sur celles édictées par le Parquet suprême. Ici, la Cour populaire suprême outrepasse le domaine réservé à la loi et légifère elle-même sur un domaine, devenant ainsi la troisième institution législative, après l'Assemblée nationale populaire et le Conseil des affaires d'État[553].

Cette légalisation des circulaires interprétatives confirme le statut du juge suprême en créateur source du droit. Par exemple, dans l'Interprétation judiciaire relative à la preuve civile publiée en 2002, la Cour populaire suprême a créé de nouvelles règles relatives à la procédure de *discovery*. Ainsi, ces interprétations judiciaires sont de devenues *de facto* une source du droit en raison de la nature évolutive des circulaires interprétatives par lesquelles les magistrats de la Cour populaire suprême créent des règles à valeur normative qui doivent être appliquées par l'ensemble des juges populaires chinois.

290. Critique. La doctrine chinoise met cependant en doute la légitimité des circulaires interprétatives. Elle critique l'extension arbitraire du pouvoir normatif de la Cour suprême qui se dirige vers l'octroi d'une nouvelle compétence réglementaire, et souligne l'inconstitutionnalité d'une telle extension. Selon plusieurs auteurs, la fonction interprétative devrait apparaître dans l'office de tous les juges populaires plutôt que dans l'office exclusif des magistrats de la Cour populaire suprême. Cependant, en reconnaissant officiellement les circulaires d'interprétation judiciaire, la Cour populaire suprême s'est emparée du monopole de l'interprétation judiciaire et a privé les juges populaires de leur pouvoir d'interprétation qui découle naturellement de leur fonction de juger, ce qui constituerait une menace à l'indépendance judiciaire.

Opposée à la position de la doctrine, l'Assemblée nationale populaire donne son soutien à la compétence réglementaire de la Cour populaire suprême. Selon la Loi sur la législation, l'Assemblée nationale populaire promulgue la loi et l'interprète. Cependant, étant donné que

[553] Yuan (M.), "La législation des interprétations judiciaires", *Recherches juridique et commerciale (法商研究)*, vol. 2, 2003, p. 3.

les réformes juridiques sont fréquentes pendant une transformation sociale, la première mission du législateur serait d'achever une construction systématique des lois, c'est-à-dire la promulgation, la modification et la suppression des lois. En pratique, l'Assemblée nationale populaire n'utilise que très rarement sa fonction d'interprétation : de 1979 à 2008, elle a édicté seulement 14 textes relatifs à l'interprétation des lois. Elle a plutôt confié cette mission à la Cour populaire suprême. En dépit de l'opposition venant de la doctrine, l'Assemblée nationale populaire n'a pas l'intention de récupérer la fonction d'interprétation : elle encourage davantage à l'heure actuelle une extension de la compétence réglementaire de la Cour populaire suprême. Elle a donné, par exemple, à la Cour populaire suprême la mission de relire le projet du Code de procédure civile de 2007.

Les citoyens sont aussi enclins à faire confiance au pouvoir réglementaire de la Cour populaire suprême en vertu de sa composition « professionnelle en droit ». Ils estiment que les circulaires édictées par la Cour populaire suprême sont plus crédibles et opérationnelles que les règlements, voire certaines lois. Durant une session, les députés du comité permanent soulèvent parfois le besoin de mise en place du projet des circulaires de la Cour populaire suprême. Celle-ci conservera donc sans doute ce pouvoir réglementaire durant une longue période.

291. Difficultés théoriques et pratiques. L'activisme de la Cour populaire suprême rencontre cependant des problèmes théorique et pratique. Sur le plan théorique, la Cour est autorisée à interpréter une loi lors de son application à un litige concret car, les questions abstraites portant sur ladite loi ne peuvent être éclairées que par le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire. Cependant, la Cour a l'habitude de publier des interprétations des lois nationales suite à leur promulgation, ces interprétations contiennent souvent plus d'articles que les lois originales, détaillant chaque article contenu dans ces lois[554]. Ces interprétations ne sont pas, à proprement parler, des interprétations judiciaires issues de l'application concrète des lois lors de la résolution d'un litige[555]. En réalité, elles

[554] Par exemple, la Loi de la procédure civile est appliquée depuis avril 1991. Une interprétation contenant 320 articles a été publiée par la Cour populaire suprême en juillet 1992. De même, les Principes généraux du droit civil sont en vigueur depuis janvier 1987, et en avril 1988, la Cour populaire suprême émet une interprétation précise de 200 articles.

[555] Qu (Y), "On conflicts of legislation in our country", *Legal science in China*, n°5, 1995, p. 43; Li (S.), "The erosion of legislative power by the judicial power - on judicial interprÉtations by the Supreme People's Court", disponible sur http://www.cuhk.edu.hk/wk.asp, consulté le 15 février 2017, qui souligne l'inconstitutionnalité de cette pratique.

sont souvent émises suite à une procédure consultative auprès du pouvoir législatif et des autorités administratives compétentes[556].

Afin de ne pas dépasser son pouvoir investi par la Constitution, la Cour populaire suprême a tenté de limiter l'exercice de son pouvoir d'interprétation. En 1987, un document de la Cour populaire suprême a fait entrer l'interprétation judiciaire dans le ressort unique de la Cour populaire suprême, et décharge les autres tribunaux du pouvoir d'interprétation[557]. Puis, en 1996, les tribunaux chinois ont reçu l'instruction de la part de la Cour populaire suprême de ne pas citer les interprétations judiciaires en tant que base juridique dans leurs décisions judiciaires[558]. En 1997, la Cour populaire suprême décide de ne plus cacher son rôle de législateur, et adopte des Dispositions sur l'interprétation judiciaire le 23 juin 1997. Désormais, les interprétations judiciaires ne peuvent être effectuées que par la Cour populaire suprême[559], les cours inférieures doivent citer les interprétations judiciaires pertinentes dans leurs décisions[560]. De surcroît, l'article 5 des Dispositions énonce que les interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême ont force de loi. Il s'agit d'un article qui est en contradiction avec la séparation des pouvoirs prévue dans la Constitution de 1982, sa constitutionnalité est donc douteuse. À l'appui de ce nouveau pouvoir législatif de la Cour populaire suprême, certains auteurs mettent en avant l'impossibilité d'appliquer les lois nationales sans les interprétations judiciaires en raison du caractère vague et général des lois nationales[561]. De l'autre côté, le pouvoir d'interprétation de la Cour est limité. Elle n'a aucun pouvoir d'interpréter les règlements et règles administratifs ni les règles et règlements locaux. Seules, les lois nationales (excepté les lois constitutionnelles) promulguées par L'Assemblée nationale populaire et son comité permanent peuvent être sujettes à interprétation de la part de la Cour populaire suprême. Pour ces règles et règlements, la Cour doit transférer la question d'interprétation aux autorités qui les ont adoptés.

---

[556] Procédure officialisée par les Dispositions concernant l'interprétation judiciaire, publiées par la Cour populaire suprême le 23 mars 2007.

[557] Voir la Réponse de la Cour populaire suprême sur l'interdiction des tribunaux d'émettre des documents d'interprétation judiciaire du 31 mars 1987.

[558] Voir la Réponse de la Cour populaire suprême sur la façon de citer les lois et les documents normatifs dans les documents juridiques produits par les tribunaux populaires du 28 octobre 1996.

[559] Article 2 des Dispositions concernant l'interprétation judiciaire n'indique pas expressément le caractère exclusif de ce pouvoir d'interprétation judiciaire, mais est silencieux sur la possibilité pour les tribunaux inférieurs d'émettre des interprétations judiciaires.

[560] Article 27 des Dispositions concernant l'interprétation judiciaire. Le 26 octobre 2009, la Cour populaire suprême publie les dispositions sur la façon de citer les lois, les régulations et les documents normatifs dans les jugements judiciaires et décisions. De façon similaire, ces dispositions énoncent également qu'en plus des lois, règlements et interprétations législatives, les tribunaux doivent également citer les interprétations judiciaires en tant que base juridique dans leurs jugements et décisions.

[561] Chen (Y.), "On the procedures and limitations of legislative supervision in our country", *Legal science in China*, n°3, 1995, p. 31.

3) *Interprétations judiciaires dans le domaine des investissements étrangers*

a. Types d'interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême

292. Présentation. Avant le 23 juin 1997 (date d'adoption du Règlement portant sur le travail d'interprétation judiciaire), les décisions issues du mécanisme d'interprétation judiciaire ne bénéficiaient pas d'une appellation unique, ce qui causait de nombreuses confusions. Ces décisions étaient connues sous les noms suivants : avis, interprétation, explication, règlement, décision, méthode, réponse, notification, lettre de réponse, lettre, minute, etc.[562]. Avec l'adoption du Règlement portant sur le travail d'interprétation judiciairedu 23 juin 1997, la Cour populaire suprême a voulu formaliser les interprétations judiciaires, en permettant trois catégories d'interprétation : les interprétations (解釋), les règles (規定) et les réponses (批復)[563].

293. Interprétation (解釋). Ces documents constituent la majorité de l'activité d'interprétation judiciaire de la Cour populaire suprême. Certaines interprétations ont pour but de résoudre les difficultés portant sur l'application concrète d'une loi après son adoption[564], en fournissant des explications détaillées de la majorité des articles contenus dans la loi sujette à interprétation, en définissant les termes juridiques, ou en prévoyant les difficultés concrètes susceptibles de survenir. Souvent les magistrats citent directement ces interprétations pour résoudre un litige[565]. Par conséquent, leur portée est considérable. D'autres interprétations concernent l'application d'une ou de plusieurs dispositions d'une loi concernant une catégorie de litiges particuliers[566]. De manière générale, une fois qu'une loi est adoptée et publiée, la Cour populaire suprême rédige des interprétations à portée générale afin de rendre la loi applicable. Par la suite, lorsqu'elle considère qu'une ou

[562] Wang (C.), "Law-making functions of the Chinese courts : Judicial activism in a country of rapid social changes", *Front Law China*, vol. 3, 2006, p. 15, disponible sur http://journal.hep.com.cn/flc/EN/10.1007/s11463-006-0025-2.
[563] Article 9 du Règlement portant sur le travail d'interprétation judiciaire du 23 juin 1977
[564] Exemple : "Explication de certaines questions portant sur l'application du droit des contrats économiques étrangers" (1987)
[565] Wang (C.), "Law-making functions of the Chinese courts : Judicial activism in a country of rapid social changes", *Front Law China*, vol. 3, 2006, p. 15, disponible sur http://journal.hep.com.cn/flc/EN/10.1007/s11463-006-0025-2, consulté le 8 mars 2016.
[566] Exemple : "Règlement concernant les problèmes issus de litiges contractuels en matière de sûretés" (1991)

plusieurs dispositions sont appliquées de manière erronée par le peuple, elle adopte des interprétations à portée plus restrictive.

294. Règles (規定). Les règles portent uniquement sur les difficultés procédurales[567]. Ces règles ont pour finalité de donner des indications aux tribunaux afin d'effacer toute difficulté qui pourrait survenir lors de la procédure juridictionnelle. Elles éclaircissent une loi ou une disposition juridique spécifique, mais peuvent également consacrer des règles nouvelles sans qu'il y ait un fondement juridique qui lui préexiste[568].

295. Réponses (批復). Ce sont des documents adoptés après qu'une question initiale ait été posée par une cour supérieure lorsqu'elle rencontre une difficulté d'application d'une loi[569]. Ces réponses résolvent en effet des questions concrètes, mais disposent d'une portée générale. Elles s'appliquent aux litiges ultérieurs et lient les tribunaux inférieurs. Les trois formes citées ci-dessus sont des interprétations judiciaires formellement reconnues par la loi, et peuvent être directement citées par les juges dans les décisions ultérieures[570].

296. Autres documents. Outres les documents cités ci-dessus, il existe d'autres documents publiés par la Cour populaire suprême qui sont pourvus de valeur semi-officielle, mais qui ne disposent pas de caractère général et obligatoire. Il s'agit des notifications (通知) , des opinions (意見)[571], des minutes des réunions judiciaires nationales organisées par la Cour populaire suprême (座談會紀要)[572], des discours du président ou du vice-président publiés par la Cour populaire suprême[573], des règlements et autres formes de documents de la Cour

[567] Exemple : "Certaines règles issues de la Cour populaire suprême sur les preuves dans les procédures civiles" (2002)

[568] *Ibid.*

[569] Ex : "Réponse à la question portant sur la façon de liquider une JV lorsqu'un litige comprenant une JV survient" (1997).

[570] Article 14 des Règles sur l'interprétation judiciaire, 1997.

[571] Les notifications et les opinions n'interprètent pas les dispositions de la loi. Elles fournissent des indications et indiquent la procédure à respecter par les tribunaux inférieurs concernant certains litiges de domaines particuliers. Elles ne constituent donc pas des interprétations judiciaires au sens strict, mais jouissent d'une importance au sein du système judiciaire.

[572] Avant l'adoption d'une Règle (規定), la Cour populaire suprême publie plusieurs minutes des réunions nationales judiciaires. Ces minutes n'interprètent pas une disposition législative, mais fournissent des politiques internes ou des procédures spécifiques que les autorités judiciaires nationales doivent suivre dans l'exercice de leur fonction de juger.

[573] Deux discours sont publiés dans le n°4 de la Gazette de la Cour populaire suprême de 1997. Ces discours énoncent le travail judiciaire qui a été effectué dans l'année, et fournissent des indications politiques pour le travail futur du pouvoir judiciaire. Ils sont habituellement publiés suite à un discours officiel concernant une mesure politique nouvelle de l'État ou du Parti communiste chinois. Par le biais de la publication des discours dans la Gazette, les mesures politiques du Parti ou de l'État sont directement incorporées dans les directives du pouvoirs judiciaires.

populaire suprême[574], et des réponses données par un bureau des recherches ou par une chambre de la Cour populaire suprême à un tribunal inférieur, par appel téléphonique, courrier, ou tout autre moyen de communication[575].

297. Révision législative de 2015. La révision de la Loi sur la législation de 2015 a tenté de restreindre le champ de l'interprétation judiciaire. Sous le chapitre « Autres dispositions », un nouvel article 104 a été introduit. Cet article énonce que la Cour populaire suprême, ou son procureur, ne peut interpréter une loi que dans le cadre de son application concrète. Cette interprétation doit être conforme aux objectifs, principes et intentions des législateurs. L'article 104 prévoit également que si de nouvelles circonstances surviennent et qu'une clarification s'avère nécessaire pour l'application d'une disposition législative, la Cour populaire suprême doit renvoyer la question à l'Assemblée nationale populaire pour l'interprétation ou la révision de ladite loi. Enfin, les interprétations judiciaires doivent être transmises à l'Assemblée nationale populaire pour enregistrement. La révision de 2015 de la Loi sur la législation a donc encadré le pouvoir d'interprétation judiciaire de la Cour populaire suprême et du procureur de la Cour populaire suprême. Cependant, n'ayant pas un effet rétroactif, la nouvelle version 2015 de la Loi sur la législation ne s'applique qu'au travail d'interprétation judiciaire de la Cour populaire suprême effectué après 2015, et ne donne aucune précision quant à la validité des interprétations judiciaires émises avant 2015. Cependant, malgré cette absence de détermination de la validité des anciennes interprétations judiciaires, certaines décisions judiciaires sont fondées sur les interprétations judiciaires publiées avant 2015.

b. Interprétations judiciaires applicables aux entreprises à participation étrangère

298. Interprétation des Lois sur les entreprises à participation étrangère du 5 août 2010. Le 5 août 2010, la Cour populaire suprême a publié une interprétation judiciaire intitulée « Dispositions sur plusieurs questions relatives aux litiges impliquant des entreprises à participation étrangère » (ci-dessous dénommée « Interprétation sur les entreprises à participation étrangère »). Cette interprétation sur les entreprises à participation étrangère tend à fournir aux tribunaux de la République populaire de Chine une ligne directrice unique

[574] Les règlements et autres formes de documents sont publiés par la Cour populaire suprême conjointement avec d'autres organes gouvernementaux, et ont pour fonction de coordonner les relations entre la Cour populaire suprême et les organes gouvernementaux.
[575] Ces documents ne sont pas des interprétations judiciaires, par conséquent, n'ont pas de valeur juridique, mais constituent une indication que les juridictions inférieures doivent respecter.

concernant l'application des lois dans les litiges portant sur la constitution et la modification des entreprises à participation étrangère car, le nombre de ces litiges a considérablement augmenté au cours de ces dernières années, en raison du développement rapide des investissements étrangers en Chine. Il est indéniable que l'Interprétation des Lois sur les entreprises à participation étrangère clarifie de nombreuses questions liées à la création et à la modification des entreprises à participation étrangère. Cependant, certaines dispositions de l'Interprétation sur les entreprises à participation étrangère ne tiennent pas suffisamment compte des situations concrètes auxquelles les entreprises à participation étrangère peuvent faire face, et ignorent la compatibilité des dispositions de l'Interprétation sur les entreprises à participation étrangère avec les lois et règlements existants. Ainsi, des complications et des débats restent inévitables lors de sa mise en œuvre.

299. Obligation de paiement du cessionnaire en vertu de la convention de transfert de parts sociales. Conformément à l'article 8 de l'Interprétation sur les entreprises à participation étrangère, lorsque le cessionnaire des parts sociales d'une entreprise à participation étrangère ne respecte pas la convention de cession qui prévoit que le cessionnaire droit payer du prix de cession avant tout dépôt de requête d'approbation auprès de l'autorité administrative compétente, le cédant peut demander l'annulation de ladite convention, et réclamer des dommages et intérêts pour le préjudice causé par l'absence ou le retard de paiement.

Cette disposition sous-entend que la convention de cession de parts sociales d'une entreprise à participation étrangère est obligatoire entre les parties dès sa conclusion, malgré le fait que ce transfert nécessite l'obtention ultérieure d'une autorisation administrative pour être valable. Cet article semble être conforme avec l'article 1 de l'Interprétation, selon lequel, « *avant l'obtention de l'approbation ou de l'enregistrement nécessaire, les conventions sont dépourvues d'effet juridique, mais ne sont pas nulles. Cela signifie que ces conventions ont été valablement conclues, mais que leurs effets sont laissés en suspens* ». Ainsi, la validité d'une convention de transaction d'actions d'une entreprise à participation étrangère n'est pas assujettie à l'obtention de l'approbation administrative.

Aucune loi de la République populaire de Chine n'impose l'obtention d'une approbation administration comme étant une condition de validité d'un contrat de transfert de parts sociales d'une entreprise à participation étrangère. Mais, selon l'article 20 du Règlement sur les changements des parts détenues par les investisseurs d'une entreprise à participation étrangère, publiées conjointement par le Ministère du Commerce et l'Administration nationale de l'industrie et du commerce le 28 mai 1997, une convention de cession de parts

sociales prend effet dès l'obtention d'approbation du Ministère du Commerce. Il ne faut cependant pas oublier que selon la hiérarchie des normes, ce Règlement sur le changement de participation des entreprises à participation étrangère est un règlement ministériel, et est donc hiérarchiquement inférieur à la loi et au règlement administratif.

Cet article a cependant perdu son intérêt avec la réforme de 2016 qui a instauré un système de déclaration automatique des changements des entreprises à participation étrangère. Désormais, un contrat de cession de parts sociales est valable et prend effet dès la date de sa signature entre les parties.

300.Protection du droit de préemption des actionnaires. L'article 11 de l'Interprétation des entreprises à participation étrangère énonce que si un partenaire d'une entreprise à participation étrangère a l'intention de céder la totalité de ses parts à une partie tierce, il doit obtenir l'accord unanime de ses partenaires. Sans ce consentement unanime, l'un des partenaires peut demander l'annulation de la convention de cession de parts sociales, sauf si : 1) le cédant rapporte des éléments de preuve démontrant le consentement unanime des partenaires à l'opération de cession de parts ; 2) le cédant a envoyé une notification écrite concernant le cession des parts à ses partenaires, mais ces derniers n'ont pas émis de réponse dans un délai de 30 jours à partir de la réception de la notification ou ; 3) les autres partenaires n'ont pas consenti au transfert de parts, mais n'ont pas non plus proposé d'acquérir ces parts.

L'article 4 de la Loi sur les EJV et l'article 10 de la Loi sur les CJV disposent que les cessions de parts sont assujettis à l'obtention d'un accord unanime des partenaires de l'entreprise à participation étrangère. Cependant, la Loi sur les WFOE est silencieuse sur ce sujet. Ainsi, conformément au principe de l'adage *specialibus generalia derogant*, si une WFOE est composée de plusieurs partenaires étrangers, le transfert de parts serait régi par les dispositions de la Loi des sociétés.

Conformément à l'article 72 de la Loi des sociétés, si un associé a l'intention de transférer ses parts à une partie tierce à la société, il doit obtenir le consentement de la majorité simple des associé. Si les autres associé ne répondent pas dans un délai de 30 jours à partir de la réception de la notification écrite de associé cédant, le consentement nécessaire des associés à l'opération de transfert est réputé obtenu. Si les associés ne souhaitent pas acquérir lesdites parts sociales, le consentement des associés est également réputé obtenu. Ainsi, un partenaire d'une WFOE n'a pas besoin d'obtenir le consentement unanime de ses partenaires pour transférer ses parts sociales à une tierce personne. Par conséquent, l'article 11 de l'Interprétation sur les entreprises à participation étrangère ne s'applique pas aux transferts de parts sociales des WFOE constituées de deux partenaires ou plus car, aucune fondement

juridique n'impose l'obtention du consentement unanime comme une condition de validité du transfert des parts sociales d'une WFOE à une tierce personne.

Les trois exceptions de l'article 11 de l'Interprétation sur les entreprises à participation étrangère sont conformes au principe de l'article 72 de la Loi des sociétés. Cependant, il semblerait que « le consentement réputé obtenu » ne s'appliquerait qu'aux cessions de parts sociales des WFOE car, les Lois sur les EJV et les CJV exigent explicitement l'obtention réelle du consentement des partenaires dans le cas d'un transfert de parts sociales. En effet, les Lois sur les EJV et les CJV ne prévoient pas des cas où le consentement des partenaires est réputé obtenu pour le transfert des parts sociales à une tierce partie. Ainsi, l'Interprétation n'a pas su imposer un régime uniforme à toutes les entreprises à participation étrangère.

301. Interprétation judiciaire de 2017. Le 1e septembre 2017, la Cour populaire suprême a publié une autre interprétation sur certaines dispositions

Deuxième conclusion. Une organisation du droit des investissements directs étrangers à la chinoise. Dans un contexte où le gouvernement tente de promouvoir la connaissance et le respect du droit étatique dans la population, cette réalité de la multiplicité normative ralentit en réalité la modernisation du droit en Chine, et a créé une nouvelle autorité normative : le pouvoir judiciaire. Il ne suffit pas de connaître les lois et les règlements en vigueur pour pouvoir naviguer au sein de l'environnement des investissemetns directs étrangers, car la connaissance de la culture juridique du pays est essentiel pour la survie d'un projet d'investissement étranger. De surcroit, même avec les connaissances les plus poussées du droit chinois des investissements directs étrangers, l'investisseur étranger devra toujours être conscient de la présence de risques d'instabilité et d'invertitude juridiques qui sont liés aux spécificités du du cadre politique et juridique du pays.

TITRE 2.

DEROULEMENT DE LA VIE DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ETRANGERS

302. Raisons des difficultés liées au régime juridique des investissements directs étrangers. Depuis l'adoption de la politique d'ouverture et l'application de la doctrine « *traverser la rivière en tenant aux rochers* »[576] vers la fin des années 1970, les travaux législatifs en matière du droit des investissements directs étrangers se sont accélérés et multipliés à une vitesse considérable. C'est en raison de l'urgence de la Chine de réglementer ce domaine face aux flux d'investissements étrangers de l'époque que la première loi portant sur les investissements étrangers a vu le jour en 1979. Dans une telle situation de carence juridique généralisée, où les faits ont préexisté le droit, et où les lois ultérieures sont adoptés sans qu'un travail de coordination ait été effectué par les législateurs, il est évident que les trois Lois sur les investissements directs étrangers comportent de nombreuses lacunes et entrent souvent en conflit avec d'autres Lois adoptées ultérieurement. C'est ce caractère lacunaire conflictuel des normes régissant les investissements directs étrangers qui constitue sa spécificité, et qui est la source première de nombreuses difficultés du régime juridique des investissements étrangers.

Il convient désormais de se concentrer sur l'encadrement juridique de la vie d'une entreprise à participation étrangère, en commençant par le bon établissement et fonctionnement d'une entreprise à participation étrangère sur le territoire chinois (Chapitre 1.), pour terminer avec les recours contentieux qui sont offerts aux investisseurs étrangers en cas de survenance d'un litige (Chapitre 2).

[576] Voir le chapitre précédent.

CHAPITRE 1.

ÉTABLISSEMENT D'UNE ENTREPRISE A PARTICIPATION ETRANGERE

310. Présentation des difficultés principales. Les difficultés principales relatives à la mise en œuvre du régime juridique des investissements directs étrangers résident dans les carences juridiques laissées par le pouvoir législatif et les contradictions entre les textes normatifs qui s'appliquent aux entreprises à participation étrangère. Face à ces carences et ces contradictions, le rôle du juge populaire retrouve son importance car, il lui revient d'appliquer les règles de droit aux faits concrets et d'apporter des éclaircissements aux textes législatifs imprécis ou confus, par le biais des interprétations judiciaires et de la jurisprudence. Il est donc primordial que l'investisseur étranger connaisse non seulement les textes adoptés par le pouvoir législatif, mais également les documents publiés par le pouvoir judiciaire pour appréhender le régime juridique des investissements directs étrangers.
Afin d'assurer le succès d'un investissement étranger en Chine, il convient de connaître le cadre juridique chinois des investissements directs étrangers (Section 1), puis d'étudier les principaux litiges susceptibles de survenir durant la vie d'un investissement direct étranger sur le territoire chinois (Section 2).

SECTION 1. CADRE JURIDIQUE DES ENTREPRISES A PARTICIPATION ETRANGERE

311. Plan. Avant de réaliser une opération d'investissement direct étranger en Chine, il faut que l'investisseur étranger ait une connaissance du régime général des entreprises à capitaux étrangers en Chine (II) et des formes d'investissements directs étrangers qui lui sont ouvertes (III), pour qu'il puisse choisir consciemment la forme la plus avantageuse pour son investissement. Cependant, à titre liminaire, il convient d'expliquer pourquoi « l'entreprise » se situe au centre du droit chinois des investissements directs étrangers (I).

I. Présentation introductive

312. Un droit qui encadre les entreprises à participation étrangère. La majorité des États occidentaux considère que le capital, c'est-à-dire la somme d'investissement utilisée pour en tirer un profit économique, doit être au centre du régime des investissements. La politique et le droit qui encouragent, limitent, prohibent, contrôlent et utilisent les investissements directs étrangers tournent autour de la notion du capital. Cependant, étant un État ayant une idéologie socialiste qui appliquait la politique d'économie planifiée, la Chine a préféré choisir l'entreprise comme le sujet du droit des investissements directs étrangers. En effet, le régime juridique des investissements directs étrangers est en réalité le droit des entreprises à participation étrangère (外资企业法, *Wàizī qǐyè fǎ*).

La Chine ne dispose pas d'un droit des investissements directs étrangers à proprement parler car, aucun texte normatif n'encadre la somme d'argent apporté par un investisseur étranger, c'est-à-dire l'investissement étranger, sur le territoire chinois. Pour qu'un investisseur étranger puisse valablement investir en Chine, il faut qu'une entreprise soit valablement constituée avec le capital qu'il souhaite investir. En d'autres termes, il faut que l'investisseur créer une entreprise à participation étrangère qui soit soumise à une la procédure administrative d'approbation et de contrôle du gouvernement chinois.

C'est en raison de cette exigence que le droit chinois des investissements directs étrangers partage de nombreuses caractéristiques avec le droit des sociétés, et est même considéré comme un droit spécial des sociétés. D'abord, tout comme le droit commun des sociétés, ce régime juridique est principalement composé de dispositions portant sur la constitution, l'organisation, la modification, la liquidation et la dissolution des entreprises à participation étrangère. De plus, pour qu'un investissement étranger soit autorisé à être établi sur le

territoire chinois, une entreprise doit être valablement constituée en Chine conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, y compris celles du droit commun des sociétés, sauf si le droit des entreprises à participation étrangère en dispose autrement.

313. Définition d'entreprise à participation étrangère (外资企业, *Wàizī qǐyè*). Une entreprise à participation étrangère est une entreprise de droit chinois, valablement établie en Chine, dont le capital social est entièrement (WFOE) ou majoritairement (joint-venture sino-étrangère) de source étrangère. Le droit chinois positif opère une distinction de régimes juridique entre une entreprise à capital de source exclusivement chinoise (内资企业, *Nèizī qǐyè*) et une entreprise à participation étrangère. Cette dernière est non seulement soumise à un régime particulier et dérogatoire relatif aux investissements étrangers, mais doit également respecter certaines réglementations de droit commun, telles que la Loi sur les contrats de 1999 et la Loi des sociétés de 1994.

Outre la distinction entre une entreprise à participation étrangère et une entreprise à participation de source exclusivement chinoise, l'entreprise à participation étrangère doit également être distinguée de l'entreprise étrangère (外國企业, *Wàiguó qǐyè*). D'un côté, étant établie en Chine conformément à la législation chinoise, l'entreprise à participation étrangère est une entreprise de droit chinois qui est soumise aux réglementations chinoises et bénéficie de la protection du droit chinois. De l'autre côté, une entreprise étrangère est établie hors du territoire chinois, et n'est donc pas un sujet de droit chinois. Cette dernière peut cependant être soumise à la réglementation chinoise si elle souhaite exercer des activités ou constituer une entreprise à participation étrangère sur le territoire chinois.

314. Entreprise ou société ? Pourquoi parle-t-on d'« entreprise (企业, *Qǐyè*) » et non pas de « société (公司, *Gōngsī*) » à participation étrangère ? En France, la notion d'entreprise n'est pas une notion juridique. Il s'agit d'une unité économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préétablie[577]. Une société est un acte juridique par lequel deux ou plusieurs personnes décident de mettre en commun des biens ou leur industrie dans le but de partager les dividendes, les économies ou les pertes qui pourront en résulter[578].

Contrairement au droit français, le droit chinois reconnaît et utilise aussi bien la notion de société que celle d'entreprise, et considère que la société est une forme d'organisation d'une

[577] "Entreprise", *Lexique des termes juridiques*, éd. 16, 2007, Dalloz, p. 279.
[578] "Société", *Lexique des termes juridiques*, éd. 16, 2007, Dalloz, p. 607. Exceptionnellement, la création d'une société peut être le fait d'une seule personne.

entreprise[579]. Outre le fait que la réglementation sur les sociétés est beaucoup plus stricte que celle sur les entreprises, les deux notions se distinguent selon les caractéristiques suivantes :

	Entreprise	**Société**
Base juridique	Pour qu'une entreprise soit valablement constituée, il suffit qu'un accord d'entreprise soit signé entre les parties. Cet accord lie les parties à l'accord, et n'est pas opposable aux tiers de bonne foi.	Pour qu'une société soit valablement constituée, les associés doivent impérativement rédiger et faire enregistrer les statuts de la société. Les statuts de la société lient les parties signataires, mais sont également opposable aux tiers.
Relations entre les parties	La relation entre les partenaires d'une entreprise est plus humaine, fondée sur l'identité des parties et s'appuie sur la confiance entre les partenaires.	La relation entre les associés d'une société, en particulier d'une société à risque limité, est fondée sur le capital.
Personnalité morale	Une entreprise peut être dépourvue de personnalité morale, et n'a donc pas de patrimoine propre. En raison de cela, les partenaires de l'entreprise sont responsables des obligations contractées par l'entreprise.	Une société est une entreprise pourvue de personnalité morale. Elle a un patrimoine propre, et est responsable de ses propres dettes.
Mise en œuvre de la Responsabilité	La responsabilité des partenaires est illimitée.	La responsabilité des associés est limitée à leurs apports.
Structure et organisation	En général, les entreprises sont plus petites que les sociétés car, elles sont fondées sur une relation de confiance entre partenaires.	Une société, surtout une société à risque limité, est généralement de taille plus imposant, et comporte un grand nombre d'actionnaires.

[579] La notion d'entreprise a un sens plus large que celle de la société. En fonction de la forme de propriété, les entreprises peuvent être divisées en trois catégories : les entreprises individuelles, les partenariats (ex : *contractual joint-ventures*) et les sociétés.

	Entreprise	Société
Nature des apports	Les partenaires d'une entreprise peuvent faire des apports en industrie.	Les apports au sein d'une société doivent être en nature ou en numéraire.

Parmi les entités à participation étrangère, la loi distingue donc les « entreprises », qui ont été historiquement les premières structures *ad hoc* mises en place afin d'accueillir les investissements étrangers, et les « sociétés » proprement dites, apparues avec la Loi des sociétés en 1994. La raison pour laquelle nous utilisons le terme d'entreprise au lieu de la notion de société pour englober toutes les structures économiques ayant une participation étrangère est que ces entités économiques à participation étrangère ne sont pas uniquement des sociétés, mais peuvent également adopter une autre forme d'entreprise, comme les CJV qui ne sont pas des sociétés.

II. Régime général des investissements directs étrangers à coloration politique

315. Un régime fondé sur le Catalogue d'orientation. Parmi les textes normatifs de la République populaire de Chine à consulter préalablement à la constitution d'une entreprise à participation étrangère, le Catalogue d'orientation des industries d'investissements étrangers (外商投資產業指導目錄, *Wàishāng tóuzī chǎnyè zhǐdǎo mùlù*, ci-après « Catalogue d'orientation ») est le premier texte référentiel relatif à aux investissements directs étrangers. Ce Catalogue d'orientation est révisé périodiquement par la Commission nationale de développement et de réforme et le Ministère du Commerce. La version la plus récente est promulguée le 28 juillet 2017[580].

Outre le Catalogue d'orientation, d'autres textes sont également à connaître par l'investisseur étranger avant d'entamer son opération d'investissement en Chine, notamment le Décret d'orientation de la direction des investissements étrangers (指導外商投資方向規定, *Zhǐdǎo wàishāng tóuzī fāngxiàng guīdìng*) [581] qui régit l'application du Catalogue

[580] Disponible sur http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4851_0_7.html. Consulté le 9 août 2017.
[581] Disponible sur http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_2169_0_7.html, consulté le 9 août 2017.

d'orientation, adopté par le Conseil des affaires de l'État le 11 février 2002, les mesures administratives portant sur la vérification et l'enregistrement des projets d'investissement étranger (外商投資項目核准和案管理辦法, *Wàishāng tóuzī xiàngmù hézhǔn hé àn guǎnlǐ bànfǎ*)[582] publié par la Commission nationale du développement et de la réforme le 14 mai 2014, le Catalogue des catégories d'investissement soumis à l'approbation gouvernementale (政府核准的投資項目目錄, *Zhèngfǔ hézhǔn dì tóuzī xiàngmù mùlù*),[583] adoptée par le Conseil des affaires de l'État le 12 décembre 2016, l'Avis du Conseil des affaires de l'État concernant le bon travail effectué au sujet de l'utilisation des investissements étrangers (國務院關於進一部做好利用外資工作的若干意見, *Guówùyuàn guānyú jìnyī bù zuò hào lìyòng wàizī gōngzuò de ruògān yìjiàn*) du 6 avril 2010[584], et de la Notice du Ministère du Commerce concernant la décentralisation du pouvoir d'examen et d'approbation des investissements étrangers (商務部關於下放外商投資審批權限有關問題的通知, *Shāngwù bù guānyú xiàfàng wàishāng tóuzī shěnpī quánxiàn yǒuguān wèntí de tōngzhī*)[585] du 9 août 2010. Il est à noter que la majorité des textes relatifs aux investissements directs étrangers sont de nature réglementaire et adoptée par le pouvoir exécutif. Ceci s'explique par le rôle essentiel du gouvernement dans l'orientation de la politique des investissements directs étrangers en Chine et par l'incapacité des lois à réglementer un domaine qui est en développement constant et qui nécessite un régime juridique souple qui puisse s'adapter aux changements perpétuels et rapides de l'économie chinoise.

Actuellement, le régime juridique des investissements étrangers est une branche du droit qui dépend fortement des mesures politiques gouvernementales. Ces mesures politiques sont concrétisées par l'adoption du Catalogue d'orientation qui reprend les principes énoncés par le gouvernement lors des réunions annuelles de l'Assemblée nationale populaire et surtout des plans quinquennaux du Parti communiste chinois (A). La mise en œuvre du Catalogue d'orientation est ensuite assurée par diverses autorités administratives par le biais de procédures de contrôle et d'orientation (B). Cette procédure a récemment été remplacée par une obligation de divulgation automatique avec la réforme du droit des entreprises à participation étrangère le 1er octobre 2016 (C).

[582] Disponible sur http://www.ndrc.gov.cn/zcfb/zcfbl/201405/W020140521524444536751.pdf, consulté le 9 août 2017.
[583] Disponible sur http://www.gov.cn/gongbao/content/2017/content_5157179.htm, consulté le 9 août 2017.
[584] Disponible sur http://www.gov.cn/zwgk/2010-04/13/content_1579732.htm, consulté le 9 août 2017.
[585] Disponible sur http://wzs.mofcom.gov.cn/article/n/201006/20100606965621.shtml, consulté le 9 août 2017.

A. Catalogue d'orientation des investissements étrangers : symbole du pouvoir exécutif

316. Utilité du Catalogue d'orientation. Le Catalogue d'orientation concrétise l'omniprésence du pouvoir politique sur le marché chinois et la nature politique du régime juridique des investissements directs étrangers. En effet, le Catalogue d'orientation a été introduit sous l'impulsion du gouvernement dans le but de permettre au gouvernement d'orienter les investissements étrangers conformément aux plans quinquennaux du Parti communiste chinois (1) par le biais d'une catégorisation des secteurs d'investissements étrangers (2). C'est cette catégorisation du Catalogue d'orientation qui détermine les secteurs ouverts aux investisseurs étrangers et les formes d'investissements à adopter (3).

1) Raison d'être du Catalogue d'orientation

317. « S'enrichir est glorieux ». Les premiers investissements étrangers en Chine étaient des opérations effectuées par des investisseurs étrangers aventureux, dans un État sans système juridique et dépourvu de texte normatif qui encadre lesdites opérations. Prenant conscient des avantages que pourraient apporter les investissements étrangers à l'économie nationale, l'objectif du gouvernement chinois a été d'attirer le plus de de capitaux étrangers, de technologies et de savoir-faire possible, tout en essayant de limiter les effets néfastes que les investissements étrangers pourraient produire sur son idéologie nationale au sein de la société [586]. Initialement, les investissements étrangers étaient confinés à des Zones économiques spéciales, et les produits fabriqués par les entreprises à participation étrangère étaient obligatoirement destinés à l'exportation pour éviter toute fuite de capitaux étrangers. Puis, ce régime fortement contrôlé et fermé a été remplacé par une économie mixte à tendance planificatrice, qui est l'économie de marché socialiste, introduite avec le slogan « *s'enrichir est glorieux* » (致富光荣, *Zhìfù guāngróng*) de Deng Xiaoping. En effet, ce slogan a initié le processus de modernisation idéologique au sein du Parti communiste et a introduit la politique d'économie de marché socialiste. Selon Deng Xiaoping, pour que la Chine redevienne une puissance mondiale, il faut que son économie nationale s'accroisse rapidement. Compte tenu de pauvreté du pays à cette époque, le développement rapide de

[586] Le gouvernement voulait absolument éviter d'introduire en Chine l'idéologie capitaliste des Etats occidentaux.

l'économie ne pouvait être accompli qu'avec une ouverture du marché chinois aux investissements étrangers. Cependant, en raison de sa méfiance vis-à-vis du des capitaux étrangers, le gouvernement refusait d'avoir un marché qui soit régulé par le simple mécanisme de l'offre et de la demande et préférait avoir la mainmise sur le fonctionnement du marché national, ce qui explique le terme « économie de marché socialiste ». C'est en raison de cette envie d'attirer des investissements étrangers couplée à la méfiance à l'encontre du capital étranger, que la politique de l'économie de marché socialiste a été introduite en Chine par le Parti communiste chinois.

318. Un instrument du Parti communiste chinois. Ainsi, à partir de 1990, il est décidé que pour que la Chine sorte vainqueur face aux investissements étrangers, il faut que ces derniers soient soumis à des mesures de contrôle et d'approbation gouvernementaux. En effet, en 1995, la Commission de l'orientation étatique (ex-Commission nationale du développement et de la réforme), la Commission étatique de l'économie et du commerce, et le Ministère du Commerce extérieur et de la Coopération économique (ex-ministère du Commerce) ont publié conjointement le Règlement provisoire de l'Orientation de la direction des investissements étrangers, le premier document officiel qui a tenté de créer un cadre général pour orienter les investissements étrangers. Ce Règlement provisoire a ensuite été amendé, puis remplacé par le Règlement d'orientation des investissements étrangers, publié par le Conseil des affaires de l'État le 11 février 2002. C'est ce Règlement d'orientation qui a créé un cadre officiel pour la catégorisation des projets d'investissement étranger qui soit respectueux des priorités macro-économiques définies par le Parti communiste chinois dans les plans quinquennaux (中國五年計劃, *Zhōngguó wǔ nián jìhuà*), adoptés lors des Congrès nationaux du Parti communiste chinois (中國共產黨全國代表大會, *Zhōngguó gòngchǎndǎng quánguó dàibiǎo dàhuì*).

319. Révision périodique du Catalogue d'orientation. Selon le Règlement d'orientation, l'autorité compétente doit préparer périodiquement un catalogue détaillé des projets d'investissement qui sert de base juridique pour le classement des investissements étrangers en Chine. Ce Catalogue d'orientation industrielle des investissements étrangers, a été initialement publié en 1995, puis modifié en 1997, 2002, 2004, 2007, 2011, 2015, et plus récemment en 2017. Chaque version du Catalogue d'orientation reflète différentes politiques inscrites dans les plans quinquennaux du Parti communiste chinois, et indique les besoins économiques de la Chine déterminés par le gouvernement central. Les préoccupations principales des versions récentes du Catalogue d'orientation sont d'attirer des investissements de qualité (plutôt que de quantité), de promouvoir le développement de la

Chine, de moderniser le secteur de l'industrie et de veiller à ce que les opérations d'investissements étrangers respectent la protection de l'environnement, la conservation de l'énergie et du développement durable[587]. Le Catalogue d'orientation peut donc être considéré comme une application du plan quinquennal dans le domaine des investissements directs étrangers : chaque version reflète un objectif du gouvernement, plus précisément du Parti communiste chinois, à un moment précis du développement économique du pays.

320. Changements principaux effectués par la révision de 2015. Le 10 mars 2015, la Commission nationale du développement et de la réforme et le Ministère du Commerce, les deux autorités principales responsables des investissements directs étrangers en Chine ont publié conjointement une nouvelle version du Catalogue d'orientation. Cette dernière est entrée en vigueur le 10 avril 2015[588], et a remplacé la version 2011 du Catalogue d'orientation. Cette version 2015 du Catalogue d'orientation illustre un changement radical comparé aux versions antérieures : elle témoigne de la volonté du Gouvernement d'attirer les investissements directs étrangers face au déclin du flux de capitaux étrangers. Cette volonté est particulièrement évidente dans le domaine de la technologique nouvelle et avancée. Le Catalogue d'orientation révisé a raccourci la liste des secteurs restreints, tels que ceux de la manufacture, du service, de l'agriculture, ou de l'infrastructure. Selon le compte officiel de la Commission nationale du développement et de la réforme, le nombre d'industries restreintes est passé de 79 à 38. Dans la version 2011 du Catalogue d'orientation, l'établissement d'une joint-venture sino-étrangère avec un associé majoritaire chinois était requis dans 44 secteurs, alors que la version 2015 du Catalogue n'imposait cette exigence que dans 35 secteurs. De plus, le nombre de secteurs qui nécessitaient d'être sous la forme de joint-venture avec un associé chinois (sans l'exigence de la majorité) est passé de 43 à 15. Ces chiffres reflètent l'amélioration de l'accès au marché national pour certains domaines, sans pour autant ouvrir l'accès au grand public. Il s'agit d'une version du Catalogue qui était en conformité avec la tendance internationale de libéralisation, malgré le fait que les restrictions traditionnelles des investissements directs étrangers restaient

[587] Ces priorités sont citées par le Conseil des affaires de l'Etat dans l'Avis sur l'utilisation des capitaux étranger, qui visent à orienter les capitaux étrangers vers les secteurs d'industrie high-tech, de la nouvelle technologie, des industries du service, de l'énergie alternative et des industries respectueuses de l'environnement. Selon un rapport de la Chambre de commerce des Etats-Unis, les classements et les conditions du Catalogue des investissements étrangers sont largement fondées sur la politique industrielle chinoise, établie dans des documents d'orientation différents, tel que les Plans quinquennaux qui présentent les objectifs de développement économique de la Chine. Le dernier est date est le 13e plan, publié en 2016 publié après la réunion annuelle de l'Assemblée national populaire.

[588] Catalogue d'orientation (version 2015), adopté par le Ministère du Commerce et le Commission nationale du développement et de la réforme le 10 mars 2015, disponible sur http://www.mofcom.gov.cn/article/b/f/201503/20150300911747.shtml, consulté le 12 mars 2016.

inchangées, notamment pour les industries bancaires, de la télécommunication, et de la culture.

D'autres secteurs ont dû faire face à de nouvelles restrictions, telles que l'éducation supérieure et préscolaire qui figure dans la catégorie restreinte des investissements étrangers. De nouveaux secteurs d'industries sont devenus des secteurs d'industrie prohibés (ex. : service de publication sur internet, la vente en gros du tabac, etc.), ou ont rencontré de nouvelles restrictions concernant le nombre de détentions des titres (dans le secteur des banques, un investisseur étranger ne peut pas détenir de plus de 20 % des parts sociales, et la totalité des investisseurs étrangers ne peuvent pas détenir plus de 25 % du capital social), ou la nationalité des associés (l'associé majoritaire d'une société de comptabilité avec investissements directs étrangers doit être une société chinoise). Malgré ces nouvelles restrictions et interdictions au sein du Catalogue d'orientation de 2015, il s'est agi en réalité d'une réforme à droit constant, qui a incorporé les restrictions imposées antérieurement par des lois, règlements et politiques. En effet, le Catalogue de 2015 n'a pas imposé de nouvelles restrictions et interdictions par elle-même, mais a simplement visé à rendre ce nouveau Catalogue d'orientation plus lisible et compréhensible. En effet, il est à noter que le domaine réservé à la loi et aux réglementations administratives qui se trouvait dans la version 2011 du Catalogue d'orientation a disparu dans celui de 2015. Cependant, il ne faut pas interpréter cette absence comme l'intention des autorités compétentes de faire du Catalogue d'orientation la référence unique des restrictions portant sur les investissements directs étrangers.

Le Catalogue d'orientation de 2015 est arrivé à un moment d'incertitude concernant le développement économique de la Chine non seulement au niveau international, mais également sur le plan national. Il est indéniable que la version de 2015 était en adéquation avec la tendance de la libéralisation et de l'ouverture de l'époque, et a donc imposé très peu de restrictions. De surcroît, le Catalogue de 2015 a également eu a un effet plutôt positif sur le développement du droit chinois car, il est allé dans le sens de la transparence pour laquelle les autorités chinoises se sont engagées.

321. Changements principaux effectués par la révision de 2017. Récemment, les investisseurs étrangers, contraints de se contenter d'une participation minoritaire dans des joint-ventures sino-étrangères dans les secteurs économiques où ils sont admis, ont critiqué aussi les restrictions imposées par le Catalogue de 2015 dans certains secteurs jugés stratégiques. Face à ces critiques, le 28 juin 2017, la Commission nationale du développement et de la réforme et le Ministère du Commerce ont publié la version 2017 du

Catalogue d'orientation[589]. Cette nouvelle version 2017 du Catalogue d'orientation a introduit une forme de « Liste négative nationale » pour les investissements étrangers et a réduit un nombre de secteurs partiellement ou totalement interdits aux investissements étrangers[590], afin d'offrir plus d'opportunités et d'accès au marché chinois pour les investisseurs étrangers[591].

Parmi les nouveaux secteurs d'industries dans lesquels les investissements étrangers ne rencontrent plus aucune restriction, nous pouvons citer les industries de l'équipement de transportation ferroviaire, de la production de motocyclette, de la fabrication de batterie pour les véhicules électriques. De surcroît, un nombre d'industries de la haute technologie, telle que la production des appareils de la réalité virtuelle et de la réalité augmentée, a reçu des avantages spécifiques afin d'encourager les investissements étrangers dans ces secteurs.

322. Introduction du premier système de Liste négative nationale. Un des apports essentiels du Catalogue d'orientation de 2017 est l'introduction d'une forme de liste négative nationale. Cette liste combine les mesures restrictives des différentes catégories d'investissements directs étrangers au sein d'une section unique intitulée « mesures de gestion spéciale (*special management measures*) ». Malgré cette nouvelle introduction, le Catalogue a gardé les quatre catégories d'investissements directs étrangers des versions précédentes.

Conformément au Catalogue de 2017, les secteurs d'industries qui sont assujettis à des restrictions complémentaires peuvent être : 1) des industries encouragées qui sont assujetties à des restrictions complémentaires d'investissement[592]; les projets d'investissements directs étrangers desdits secteurs bénéficient de traitements favorables octroyés aux industries de la catégorie encouragée, mais doivent respecter les conditions relatives à l'entrée au marché national ; 2) des industries de la catégorie restreinte, qui sont soumises à des conditions supplémentaires d'entrée sur le marché chinois ; et 3) des industries de la catégorie prohibée qui sont des secteurs d'industrie interdits aux investissements étrangers.

323. Critique de la version 2017 du Catalogue. Certes, toute suppression de restriction et de prohibition est favorablement appréciée par les investisseurs étrangers. Cependant, les

[589] Catalogue d'orientation (révision 2017), publié par le Ministère du Commerce et le Commission nationale du développement et de la réforme le 28 juin 2017, disponible sur http://www.gov.cn/xinwen/2017-06/28/content_5206424.htm, consulté le 28 juillet 2017.
[590] Le Catalogue de 2017 a diminué le nombre de secteurs prohibés de 93 à 63.
[591] "Comment la Chine veut stimuler l'investissement étranger.",challenges.fr, le 17 juillet 2017, disponible sur https://www.challenges.fr/monde/comment-la-chine-veut-stimuler-l-investissement-etranger_487789, consulté le 20 juillet 2017.
[592] Ex : obligation de former une EJV ou d'assurer un contrôle absolu ou relatif du partenaire chinois.

suppressions de cette nouvelle version du Catalogue n'ont pas été aussi ambitieuses que ce qu'avait anticipé la communauté des investisseurs étrangers. La Chambre européenne de commerce de Pékin a, par exemple, énoncé que le Catalogue d'orientation de 2017 est resté en deçà des attentes, et qu'une abrogation totale du Catalogue d'orientation est souhaitée, au bénéfice de l'établissement officiel d'une liste négative nationale simplifiée[593]. De surcroît, même si plus d'un tiers des industries restreintes ont été retirées du Catalogue d'orientation (devenant ainsi des industries permises), ces industries ne sont en réalité pas ouvertes aux investissements étrangers. En effet, le Catalogue d'orientation de 2017 a supprimé 30 industries de la catégorie restreinte, mais 12 d'entre elles ont été enlevées que parce qu'elles sont désormais incluses dans la Liste négative d'accès au marché publié en mars 2016 qui prévaut sur le Catalogue d'orientation. Cette nouvelle version du Catalogue d'orientation a par ailleurs ajouté des secteurs dans la catégorie prohibée, comme les secteurs de la publication et des médias sur internet, officialisant les tentatives antérieures du gouvernement d'encadrer de plus en plus la liberté de la presse sur le territoire chinois[594].

Ces changements ont été déclenchés après la revendication du gouvernement chinois et du Parti communiste chinois de leur soutien à l'adoption d'une politique économique de réforme et d'ouverture afin d'attirer plus d'investissements étrangers de qualité sur le territoire chinois. Le président Xi Jinping a en effet fait un discours très médiatisé à Davos le 17 janvier 2017 en affirmant l'engagement de la Chine envers le commerce extérieur et la

[593] Noble (L.), "Revised Foreign Investment Catalogue Falls Short of Expectations", *The European Union Chamber of commerce in China*, disponible sur http://www.europeanchamber.com.cn/en/press-releases/2568/revised_foreign_investment_catalogue_falls_short_of_expectations, consulté le 22 septembre 2017.

[594] La croissance économique ne favorise guère la liberté d'expression. Au contraire, plus le pays se developpe, plus le Parti communiste semble tenté de faire taire ces critiques, même quand ils sont étrangers. En effet, des universitaires ont exprimé leur crainte vis-à-vis de la censure du gouvernement sur la liberté d'expression, et surtout sur la liberté de la presse depuis l'arrivée au pouvoir du Président Xi. De nombreux journalistes étrangers ont recemment été détenus par les autorités chinoises ou se sont vus leur licence retirée par les autorités chinoises. Par exemple, le journaliste Nathan VanderKlippe du quotidien torontois *The Globe and Mail* a notamment été arrêté arbitrairement le 23 août 2017, alors qu'il se trouvait dans la région autonome de Ainjiang afin de se pencher sur la situation sécuritaire des Ouïghours, une minorité musulmane réprimée par Pékin. Son ordinateur a été saisi et les fichiers de sa caméra ont été consultés (voir « Un journaliste du Globe and Mail détenu temporairement en Chine », 24 août 2017, *Le soleil*, disponible sur https://www.lesoleil.com/actualite/monde/un-journaliste-du-globe-and-mail-detenu-temporairement-en-chine-53a62b2af6d4ebb5dc8e1e1a1a90bcb9, consulté le 5 octobre 2017). De même pour une correspondante de « L'Obs » Ursula Gauthier, qui a appris le 25 décembre 2015 qu'elle allait être expulsée de Chine dans une semaine en raison d'un article publié sur la politique décrite comme répressive vis-à-vis des Ouïghours (v. « *La Chine expulse une journaliste française en poste à Pékin* », 25 décembre 2015, *Libération,* disponible sur http://www.liberation.fr/planete/2015/12/25/la-chine-expulse-une-journaliste-francaise-en-poste-a-pekin_1422876, consulté le 5 octobre 2017).

mondialisation[595]. De telles déclarations du chef d'État chinois avaient donné l'espoir aux investisseurs étrangers qu'une libéralisation plus ambitieuse serait adoptée dans la version finale du Catalogue d'orientation. Les modifications effectuées par la version 2017 du Catalogue d'orientation se sont avérées être finalement assez modestes. Néanmoins, d'autres programmes politiques portant sur la réforme économique pouvaient être effectués dans un futur proche.

324. Objectifs de régulation des investissements directs étrangers. Le premier texte de référence pour un investisseur étranger susceptible d'investir en Chine est donc le Catalogue d'orientation car, il lui permet de vérifier si le projet d'investissement vise un secteur encouragé, permis, restreint ou prohibé. Dans l'objectif de développer les régions centrales et de l'ouest de la Chine[596], le Catalogue d'orientation est complété par un Catalogue d'investissements étrangers pour les régions centrales et de l'ouest de la Chine (中西部地區外商投資優勢產業目錄)[597] qui donne une liste complémentaire de secteurs d'investissements directs étrangers considérés comme de la catégorie encouragée s'ils sont effectués dans les régions centrales et de l'ouest de la Chine. Les investisseurs étrangers qui souhaiteraient investir dans ces zones géographiques devront donc consulter ce document car, leur installation est susceptible de bénéficier d'une procédure d'approbation simplifiée, d'un accès avantageux à la propriété foncière ou d'un abattement fiscal[598].

2) Catégories du Catalogue d'orientation et leur contenu

325. Catégorisation des secteurs principaux. Conformément au Catalogue d'orientation, les projets d'investissement étranger sont divisés en quatre catégories : (1) encouragée, dans laquelle se situent les secteurs d'industries pour lesquels le Gouvernement cherche

[595] Rohin (J. P.), "Xi Jinping entonne à Davos un hymne au libre échange et à la mondialisation", Le Figaro, 17 janvier 2017, disponible sur http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2017/01/17/20002-20170117ARTFIG00200-xi-jinping-entonne-a-davos-un-hymne-au-libre-echange-et-a-la-mondialisation.php, consulté le 6 juin 2017.

[596] Ces régions comprennent : la municipalité de Chongqing, la province de Gansu, la province de Guangxi, la Région autonome de la Mongolie, les deux comtés de la province de Hunan, la province de Qinghai, la province de Henan, la province de Guizhou, la province de Ninxia, la province Shanxi, la province de Sichuam, la région autonome du Tibet, la region autonome de Xinjuang, la province de Yunna, et la province de Hainan.

[597] La version actuelle du Catalogue central et de l'ouest a été publié conjointement par le Commission nationale du développement et de la réforme et le Ministère du Commerce le 17 février 2017, et en vigueur depuis le 20 mars 2017. Cette nouvelle version ouvre d'autres secteurs pour les investissements étrangers, et offre des avantages fiscaux aux investisseurs qui s'installent dans ces régions.

[598] Mahony (T.), *Foreign investment law in China: Refulation, practice and context,* Tsinghua University Press, 2015, p. 105.

activement les investissements directs étrangers, et offre des avantages spécifiques aux investissements (ex : traitement fiscal préférencié, une procédure d'approbation simplifiée, etc.) ; (2) restreints, dans laquelle se situent des secteurs d'industries pour lesquels des restrictions spéciales sont mises en place, telle qu'une augmentation de la durée ou des frais de la procédure d'approbation ; (3) prohibée : dans laquelle se trouvent des secteurs d'industries pour lesquels l'investissement direct étranger est tout simplement interdit ; (4) permise : les secteurs qui ne sont pas mentionnés dans les trois listes citées ci-dessus sont considérés comme étant « permis »[599]. La catégorisation des secteurs d'industrie est en principe mise à jour de façon triennale afin de refléter, à l'image identique, les politiques économiques du Gouvernement au pouvoir.

Conformément au tableau ci-dessus, le Catalogue d'orientation fournit une liste détaillée qui couvre quasiment tous les projets d'investissement étranger, et permet aux investisseurs étrangers de connaître facilement la catégorie de leur projet d'investissement.

326. Tableau récapitulatif de la catégorisation des secteurs principaux d'investissements étrangers selon le Règlement d'orientation.

Catégorie autorisée (article 4)	Les projets d'investissement étranger qui ne sont pas cités dans le présent Catalogue d'orientation.
Catégorie encouragée (article 5)	Les projets d'investissement étranger qui : 1. portent sur la nouvelle technologie agricole, le développement global de l'agriculture, les industries de l'énergie, de la transportation et de la matière première ; 2. utilisent de la haute et nouvelle technologie, appliquent de la technologie avancée, recherchent l'efficience technique et économique au sein d'entreprise, ou qui produisent de nouveaux matériels que la production domestique n'arrive pas à produire ; 3. visent la satisfaction des besoins du marché, et qui peuvent améliorer les produits, développer de nouveaux marchés ou augmenter la concurrence internationale ; 4. sont du domaine de la nouvelle technologie et des nouveaux matériels susceptibles d'économiser de l'énergie et des matières premières, ou qui préviennent la pollution environnementale ;

[599] *Ibid.*

	5. utilisent efficacement les ressources humaines et naturelles des régions centrales et de l'ouest de la Chine, tout en respectant la politique industrielle nationale ;
Catégorie restreinte (article 6)	Les projets d'investissement étranger qui : 1. utilisent de la technologie désuète ; 2. ne contribuent pas à la sauvegarde des ressources naturelles, à la prévention de la pollution, ou à l'amélioration de l'environnement ; 3. exploitent les ressources minérales protégées par la République populaire de Chine ; 4. ne sont pas encore totalement ouverts par la République populaire de Chine ; 5.etc.
Catégorie prohibée (article 7)	Les projets d'investissement étranger qui : 1. menacent la sécurité nationale ou qui contreviennent à l'intérêt public ; 2. polluent l'environnement, détruisent les ressources naturelles, ou qui ont des effets nocifs sur le corps humain ; 3. mettent en danger la sécurité et l'utilisation des installations militaires ; 4. utilisent des techniques ou technologies qui sont spécifiques à la République populaire de Chine pour fabriquer des produits ; 5.etc.

327. Conditions supplémentaires. Le Catalogue d'orientation inclut également d'autres conditions pour certains projets d'investissement étranger spécifiques. En effet, il impose des restrictions quant à la forme (EJV, CJV ou WFOE) ou la composition (répartition des parts sociales) de l'entreprise que l'investisseur peut (ou doit) adopter pour réaliser son projet d'investissement en Chine. En effet, la WFOE n'est, par exemple, pas une forme ouverte pour tous les projets d'investissements directs étrangers. Pour certains projets, le Catalogue d'orientation énonce que l'associé chinois doit être celui qui détient le pouvoir de contrôle de l'entreprise (中方控股, *Zhōngfāng kònggǔ*), c'est-à-dire celui qui détient plus de 51 % du capital de la joint-venture sino-étrangère[600]. Et pour d'autres projets, l'associé chinois doit détenir un simple pouvoir de contrôle relatif (中方相对控股, *Zhōngfāng xiāngduì kònggǔ*), c'est-à-dire que la participation détenue par le(s) associé(s) chinois au sein d'une joint-

[600] Article 8 du Règlement d'orientation.

venture sino-étrangère doit excéder le montant maximum de part détenu par n'importe quel investisseur étranger)[601]. Une autre limitation a également vu le jour avec la version 2015 du Catalogue d'orientation : la gouvernance de l'associé chinois (中方主導, Zhōngfāng zhǔdǎo). Cette notion, qui a été reprise par la version 2017 du Catalogue, et qui vise le secteur de l'éducation (supérieure, secondaire, et les écoles maternelles), n'est cependant pas définie ni par le Règlement d'orientation ni par le Catalogue d'orientation.

328. Absence de lien entre la catégorisation du secteur et les limitations supplémentaires. Il n'existe aucun lien direct entre les catégories de projets d'investissement et les restrictions sur la forme que le projet d'investissements étrangers doit adopter. En effet, il existe aussi bien des projets d'investissements qui sont de la catégorie encouragée mais qui doivent être « *contrôlés par l'associé chinois* » ou « *relativement contrôlé par l'associé chinois* »[602], que des projets qui sont de la catégorie restreinte qui peuvent être sous forme de WFOE.

329. Exemples. L'importance des catégories du Catalogue d'orientation est mise en lumière lors de la soumission du projet d'investissement à la procédure d'approbation auprès de l'autorité administrative compétente, et dans certains cas, lors de l'application des traitements préférenciés prévus par les dispositions législatives et réglementaires de la République populaire de Chine. En effet, ce n'est pas parce qu'un projet est du secteur encouragé qu'aucune restriction ne lui est applicable. En réalité, de nombreux projets qui sont de secteurs encouragés se voient imposer des restrictions supplémentaires. Par exemple, dans la version 2015 du Catalogue d'orientation, les projets du secteur du transport aérien des produits agricoles, forestier ou de pêche étaient de la catégorie encouragée, mais, devaient être réalisés sous forme de CJV ou d'EJV[603]. Le secteur de la conception, la fabrication et la maintenance des aéronefs civils était également de la catégorie encouragée selon le Catalogue d'orientation de 2015, mais tout projet de ce secteur devait être contrôlé par un associé chinois[604]. La construction et l'exploitation de centrale nucléaire étaient

[601] Dans la version 2017 du Catalogue d'orientation, la condition du contrôle relatif de l'associé chinois n'est exigée que pour un seul type de projet (la construction et l'opération des aéroports civils), et celle portant sur le pouvoir contrôle tentent par le associé chinois est exigée pour plus de 25 types de projet d'investissement étranger.

[602] La version du 2017 du Catalogue d'orientation a supprimé la restriction portant sur la détention du contrôle et la limitation concernant la forme d'entreprise pour la catégorie encouragée.

[603] Le Catalogue d'orientation, Secteur Encouragé, V. 309. Cette exigence supplémentaire n'existe plus sous la version 2017 du Catalogue d'orientation.

[604] *Idem*, III (20) 210. Cette exigence supplémentaire n'existe plus sous la version 2017 du Catalogue d'orientation.

également un secteur encouragé dans la version 2015 du Catalogue d'orientation, mais le partenaire chinois devait également détenir le pouvoir de contrôle de l'entreprise[605].

Parallèlement, ce n'est pas parce qu'un projet est d'un secteur restreint qu'il ne pourra pas bénéficier de certaines libertés quant à la constitution de l'entreprise. Certains projets de la catégorie restreinte disposent ainsi de la possibilité de créer une WFOE, par exemple dans le secteur du transport routier de voyageurs[606]. Ces cas où la catégorisation d'un secteur et ses conditions supplémentaires semblent se contredire, comme ceux cités ci-dessus, ne peuvent être expliqués par un raisonnement logique car, ils sont en réalité le résultat de multiple compromis entre différents pouvoirs et groupes de pression impliqués dans l'élaboration du Catalogue d'orientation[607].

330. Suppression des quotas d'exportation. Initialement, le Règlement d'orientation énonçait dans son article 10 que, dans l'objectif d'encourager et d'accroître l'exportation des produits, si le projet d'investissements étrangers démontrrait que la totalité des biens produits par l'opération d'investissements étrangers d'un secteur autorisé étaitdestinée à l'exportation, alors ce projet serait de la catégorie « encouragée » et devrait par conséquent bénéficier du traitement préférencié accordé aux projets de la catégorie encouragée. Le même article 10 du Règlement ajoutait que si un projet d'investissements étrangers de la catégorie restreinte prévoyait que 70 % des biens produits seraient destinés à l'exportation, ce projet d'investissement restreint devrait être traité comme un projet d'investissement de la catégorie autorisée, et pourrait ainsi obtenir plus facilement les approbations administratives nécessaires lors de sa constitution et tout au long de la vie de l'investissement étranger. Ces articles ont cependant été abrogés en 2007 en raison du manque de conformité avec les règles de l'OMC. Ainsi, le pourcentage des produits destinés à l'exportation a perdu son influence sur la catégorisation des projets d'investissement étranger. Désormais, un projet d'investissement direct étranger ne change plus de catégorie, peu importent le quota destiné à l'exportation.

331. Conflits internes de dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles avec le Catalogue d'orientation. Le Catalogue d'orientation précise également que si d'autres règlements ou mesures politiques du Conseil des affaires de l'État en disposent autrement, alors ces derniers doivent primer sur les dispositions du Catalogue

[605] *Idem.*, IV 293.
[606] *Idem.*, Secteur restreint, V.
[607] Mahony (T.), *op. cit.*, p. 111.

d'orientation[608]. Cette précision est justifiée par le fait que le Catalogue d'orientation n'est révisé qu'une fois tous les trois ou quatre ans, alors que le monde économique est en constante évolution. Durant la période d'entre-deux-catalogues, le Conseil des affaires de l'État peut adopter des modifications à la politique d'investissements étrangers directs, et des réserves sur le Catalogue d'orientation peuvent être convenues entre la Chine et un ou plusieurs autres États dans des traités bilatéraux ou multilatéraux d'investissement. Ainsi, il découle non seulement du bon sens mais également d'un principe de droit communément admis, que les lois, règlements ou traités ultérieurement adoptés priment sur le Catalogue d'orientation[609].

3) Catégorisation du champ d'activités selon le Catalogue d'orientation

332. Conception large du « champ d'activités » selon le droit français. La majorité des États occidentaux autorisent les sociétés qui sont légalement établies sur leur territoire à entreprendre toutes les activités commerciales qu'elles estiment nécessaires, tant que ces activités ne sont pas interdites par la loi du pays. En France, le champ d'activités d'une société est défini dans son objet social, inscrit dans ses statuts. Les activités de la société doivent être décrites de manière suffisamment précise et explicite dans l'objet social, et les activités exercées par la société doivent être conformes à l'objet social, sous peine de s'exposer à plusieurs sanctions, notamment la nullité de l'acte qui dépasse l'objet social. Cependant, il est fréquent que les associés ajoutent la mention « *et toutes opérations économiques, juridiques, industrielles, commerciales, civiles, financières, mobilières ou tous objets similaires, connexes ou complémentaires ou susceptibles d'en favoriser l'extension ou le développement* », pour permettre à la société d'entreprendre des activités connexes si elles sont nécessaires pour son bon fonctionnement.

333. Conception restrictive du champ d'activité selon le droit chinois. En Chine, le fait qu'une entreprise à participation étrangère soit valablement établie ne signifie pas qu'elle puisse exercer toutes les activités commerciales qu'elle souhaite. En effet, le droit chinois exige que les entreprises à participation étrangère entreprennent des activités commerciales qui rentrent dans un champ d'activités préalablement déterminé. Ce champ d'activité doit être défini de façon étroite et détaillée afin de ne laisser aucune place à l'ambiguïté.

[608] Voir le *Nota bene* du Catalogue d'orientation de 2017.
[609] Mahony (T.), *op. cit.*, p. 114.

D'abord, le champ d'activités d'une entreprise à participation étrangère est défini dans le rapport d'étude de faisabilité dans le projet d'investissement direct étranger qui est à transmettre à la Commission nationale du développement et de la réforme pour approbation. Une fois que la Commission nationale du développement et de la réforme approuve le projet d'investissement direct étranger, les investisseurs inscrivent le champ d'activité du projet d'investissement dans les statuts ou le contrat de joint-venture afin de soumettre une demande d'approbation auprès du Ministère du Commerce. Une fois que le Ministère du Commerce aura donné une réponse positive à la demande, ces informations seront transmises à l'Administration de l'industrie et du commerce compétente qui enregistrera l'entreprise et retranscrira le champ d'activités sur la licence d'affaire de la société. C'est ce champ d'activités imprimé sur la licence d'affaire de la société qui sera pris officiellement en compte par les tiers et par l'administration. Cependant, en raison de la taille de la licence d'affaires, un nombre limité de lignes peut être imprimé sur le document. L'investisseur étranger doit donc être clair, concis et précis lorsqu'il détermine son champ d'activités dans les statuts de la société ou dans le contrat de joint-venture.

Une fois que ce champ d'activités a obtenu l'approbation du Ministère du Commerce et que la licence d'affaires a été délivrée par l'Administration de l'industrie et du commerce compétente, l'entreprise à participation étrangère ne pourra uniquement entreprendre les activités commerciales qui rentrent strictement dans le champ d'activités inscrit sur sa licence d'affaires. Si l'entreprise à participation étrangère souhaite élargir ou modifier son champ d'activités, elle doit modifier ses statuts (pour les entreprises à participation étrangère qui disposent de la personnalité morale), puis obtenir l'approbation de l'autorité administrative compétente et faire enregistrer les nouveaux statuts auprès de l'Administration de l'industrie et du commerce compétente pour que ce nouveau champ d'activités soit inscrit sur sa licence d'affaires. Ce n'est qu'après avoir reçu la nouvelle licence d'affaire avec le nouveau champ d'activités que l'entreprise peut entreprendre ses nouvelles activités commerciales.

334. Catégorisation du champ d'activités. Le champ d'activités limite donc la liberté d'agir d'une entreprise à participation étrangère, mais il permet également aux autorités de déterminer le secteur du projet d'investissements étrangers et la catégorie dans laquelle il se situe. En effet, le champ d'activités d'une entreprise à participation étrangère est directement lié à la catégorisation des secteurs d'investissement effectué par le Catalogue d'orientation. Ainsi, lorsque les autorités administratives examinent une demande d'établissement d'un projet d'investissements étrangers, elles regardent d'abord le champ d'activités inscrit et

décrit dans le rapport d'études de faisabilité pour déterminer la catégorie du Catalogue d'orientation dans laquelle le projet fait partie. Ce champ d'activités proposé dans le rapport d'études de faisabilité est ensuite repris dans les statuts de la société et dans le contrat de joint-venture pour l'enregistrement auprès de l'Administration de l'industrie et du commerce compétente. Selon la catégorie du champ d'activités, le contrôle effectué par l'administration peut largement différer.

335. Sanctions des actes effectués hors du champ d'activités. Les entreprises qui entreprennent des activités *ultra vires* peuvent avoir des conséquences graves. Si une entreprise à participation étrangère sort du champ d'activités inscrit sur sa licence d'affaires, et que l'activité en question est du secteur encouragé ou permis, l'entreprise peut se voir infliger une amende d'un montant de 10 000 renminbis à 100 000 renminbis, et si la violation est grave, la licence d'affaires peut être retirée[610]. Cependant, si l'activité litigieuse rentre dans la catégorie restreinte ou prohibée, alors l'entreprise à participation étrangère sera considérée comme ayant « *porté atteinte à une licence d'affaires, à une franchise ou à toute autre interdiction prévue par la loi ou un règlement administratif* »[611] et peut donc être sanctionnée conformément aux Mesures portant sur l'investigation, la sanction et l'interdiction les opérations d'affaires dépourvues de licence (無照經營查處取締辦法), qui prévoient des sanctions pénales pour ladite violation[612]. De surcroît, l'article 10 de l'Interprétation I de la Cour populaire suprême sur certaines questions relatives à l'application de la Loi sur les contrats (最高人民法院關於適用"中華人民共和國合同法"若干解釋(一)) énonce qu'un contrat conclu par une entreprise qui sort de son champ d'activités n'encourt pas la nullité, sauf si le contrat porte atteinte à la licence d'affaires, à la franchise ou à tout autre élément prévu par la loi ou un règlement administratif[613]. Si un contrat porte sur une activité qui sort du champ du champ d'activités de l'entreprise à participation étrangère, mais que cette activité fait partie d'un secteur encouragé ou permis, le contrat en cause ne sera pas nul. Cependant, lorsque l'affaire excède le champ d'activités de

[610] Article 69 des Dispositions sur l'administration de l'enregistrement des sociétés (中華人民共和國公司登記管理條例), publiées par le Conseil des affaires de l'Etat le 24 juin 1994, amendé le 18 décembre 2005, puis le 18 février 2014.

[611] Article 27 de l'Opinion exécutive sur des problèmes concernant l'application de la loi gouvernant le contrôle, l'approbation et l'enregistrement des sociétés à participation étrangère (關於外商投資公司審批登記管理法律適用若干問題的執行意見), publiées par l'Administration étatique de l'industrie et du commerce, le Ministère du commerce, l'Administration général de la douane et l'Administration étatique des changes le 24 avril 2006. Disponible sur http://www.mofcom.gov.cn/article/b/f/200605/20060502217182.shtml, consulté le 21 aout 2017.

[612] *Ibid.*

[613] L'interprétation de la Cour populaire suprême sur certaines questions relatives à l'application de la Loi sur les contrats (I),

l'entreprise, et que cette affaire est du secteur restreint ou interdit, alors le contrat serait annulé par l'autorité compétente.

336. Détermination jurisprudentielle de l'autorité compétente pour examiner le champ d'activités d'une entreprise à participation étrangère. Les activités des entreprises à participation étrangère doivent ainsi se cantonner au champ d'activités inscrit dans sa licence d'affaire. Cependant, la loi n'identifie pas l'autorité compétence pour examiner une telle question. En effet, s'agit-il de la compétence du juge judiciaire ou de l'administration compétente de l'approbation ? Dans une décision du 24 août 2005, le juge de la Première cour intermédiaire de Shanghai s'est prononcé l'incompétence du juge judiciaire à examiner le sort d'une EJV qui a entrepris des activités qui excèdaient du champ d'activité inscrit sur sa licence d'affaires[614]. En l'espèce, un contrat d'EJV était conclu entre la société chinoise Tian-Yun et M. Pan Bin-Lin qui agissait au nom de la société américaine Datong. La Commission des investissements étrangers de Shanghai a approuvé le projet d'EJV par l'avis #508 du 15 mai 1997 et la licence d'affaires a été délivrée le 10 mai 1997. Conformément aux statuts, l'apport de la société chinoise consistait en un droit d'usage d'un immeuble et le champ d'activité de l'entreprise était limité à la production d'instruments de précision. Après la constitution de l'EJV, la société chinoise a découvert que les activités entreprises par l'EJV sortaient du champ d'activités inscrit sur la licence d'affaires, et a saisi le juge populaire pour qu'il prononce la nullité de la constitution de l'EJV et ordonne la restitution de son apport initial. Le tribunal de première instance a rejeté la requête par une décision du 14 juin 2003 car, il a considéré que le contrat d'EJV était valable car, il avait été autorisé par l'administration chinoise compétente.

Par la suite, le Ministère du Commerce a émis l'avis du 21 août 2003 qui a annulé l'avis précédent de la Commission des investissements étrangers de Shanghai. Le Ministère du Commerce a considéré que l'avis #508 était fondé sur des éléments erronés et a donc ordonné à la Commission des investissements étrangers de Shanghai de rendre une autre décision fondée sur les éléments réels dans un délai de 30 jours. Avant que ce délai ne soit expiré, la société chinoise a interjeté appel.

Dans une décision du 24 août 2005, le juge d'appel a retenu son incompétence concernant l'examen de la validité de l'EJV car, l'EJV a été valablement constituée, conformément aux

[614] Première Cour intermédiaire de Shanghai, 24 août 2005, *Tian-yun société d'instrument de précision c. Usine de palier miniature de Shanghai*, disponible sur http://old.ccmt.org.cn/showws.php?id=3299, consulté le 7 juillet 2017.

dispositions législatives et contractuelles. La question portant sur les activités commerciales illégales de l'EJV ne pouvait être résolue que par voie administrative ou en interne entre les associés de l'EJV.

Ainsi, selon cette jurisprudence, si les associés n'arrivent pas à se mettre d'accord par voie de négociations internes, les litiges concernant le champ d'activité de l'entreprise ne peuvent pas être résolus par voie judiciaire, car il s'agit d'une question administrative qui doit être réglée par l'autorité administrative qui était initialement compétente de l'examen, de l'autorisation et de l'enregistrement de l'entreprise. Cette solution peut être étendue à toute demande qui met en doute la validité de la constitution d'une entreprise à participation étrangère. En effet, en se prononçant incompétent pour juger de l'affaire, le juge d'appel sous-entendu que la validité de la constitution d'une entreprise à participation est une question d'ordre administratif, et que le pouvoir de contrôle et d'approbation des autorités administratives ne peut pas être remis en cause par un juge étatique.

B. Autorités de contrôle et d'approbation des investissements directs étrangers

337. Assouplissement de la procédure de contrôle et d'approbation. Initialement, l'obtention de l'approbation du gouvernement chinois était exigée pour la grande majorité des projets d'investissement étranger[615]. Il s'agissait d'une règle adoptée dès le début de la politique de réforme et d'ouverture à la fin des années 1970, et qui n'a pas été modifiée jusqu'à la réforme de 2016. En effet, l'approbation gouvernementale constituait l'un des piliers principaux du régime juridique des investissements directs étrangers en Chine, et résultait du compromis entre le désir de libéraliser le marché afin d'accéder aux capitaux et technologies étrangers et la crainte de l'introduction inévitable des influences étrangères peu désirables en Chine. Avec le temps, l'application stricte de la procédure d'approbation limitée du début des années 1980 a laissé place à une procédure plus libérale, surtout après l'accession de la Chine à l'OMC. Depuis la réforme de 2004, le terme « approbation » a été remplacé par celui de la « vérification », malgré le fait que la procédure demeure similaire, voire identique, à la procédure d'approbation : une autorité administrative « vérifie » une

[615] Les entreprises de partenariat à participation étrangère est une exception à ce principe général. La majorité des bureaux de représentation des sociétés étrangères ne requiert pas non plus une telle approbation gouvernementale (un simple enregistrement est demandé), mais ces bureaux de représentation ne sont en réalité par des "investissements" car, ils ne font qu'acte de présence et ne nécessite pas de capital minimum.

demande contenant des documents relatifs à un projet d'investissements directs étrangers soumis par les investisseurs, et accepte ou rejette de façon discrétionnaire celles qui ne sont pas conformes à la législation nationale.

338. Introduction de la Liste négative à Shanghai. Ce principe a été supprimé pour les projets d'investissements directs étrangers dans la Zone pilote de libre-échange de Shanghai qui utilise la Liste négative depuis le 22 août 2013[616]. Ce système de Liste négative est préféré par les investisseurs étrangers, et il est prévu qu'il soit étendu à tout le territoire chinois dans un futur proche. En octobre 2016, une réforme législative portant sur les investissements directs étrangers s'est inspirée du mécanisme de la Liste négative sans pour autant l'adopter pleinement comme le souhaitait la communauté des investisseurs étrangers en Chine. En effet, la réforme de 2016 a supprimé la procédure d'approbation afin de la remplacer par une procédure d'enregistrement pour la majorité des projets d'investissement étranger, à l'exception des projets des secteurs « sensibles ». Cependant, au lieu de consacrer une Liste négative simple et courte, la réforme de 2016 a repris le système fondé sur le Catalogue d'orientation. Le projet de loi sur l'investissement direct étranger du 19 janvier 2015 prévoit la création d'une Liste négative générale sur l'ensemble du territoire chinois, mais le sort du projet reste actuellement inconnu.

339. Autorités de contrôle et d'approbation. Les organes étatiques qui sont impliqués dans la procédure d'approbation des projets d'investissement direct étranger sont le Ministère du Commerce, la Commission nationale de réforme et de développement et l'Administration étatique d'industrie et du commerce (ci-après dénommé « SAIC »), et leurs sous-entités au niveau provincial ou municipal. Ces différents organes ont la fonction générale de représenter les trois phases de la procédure d'approbation : la procédure commence par l'approbation du projet d'investissement direct étranger par la Commission nationale du développement et de la réforme, puis le Ministère du Commerce s'occupe de l'approbation de l'opération d'investissement direct étranger, et la procédure se conclut avec l'approbation de la constitution de l'entreprise, c'est-à-dire la délivrance de la licence d'affaire par l'Administration étatique de l'industrie et du commerce. Ces trois organes ne sont cependant pas les seuls à être impliqués dans la procédure d'approbation. Dépendant de la nature de l'investissement direct étranger, l'approbation ou l'enregistrement d'autres ministères et

[616] Seules les sociétés à participation étrangère ayant une activité d'un secteur mentionné sur la Liste négative requièrent une approbation administrative au préalable. Les autres n'ont qu'une obligation d'enregistrement après d'une administration compétente.

départements peut être demandé. Par exemple, l'approbation de la Commission chinoise de régulation des banques est nécessaire pour qu'un établissement financier étrangère établisse une branche ou une banque à capitaux étrangers incorporée en Chine[617], et la Commission de régulation des marchés financiers doit être impliquée lorsqu'un investisseur étranger cherche à effectuer un investissement stratégique dans une société cotée en Chine. Une approbation du Ministère de la Protection environnementale doit être obtenue lorsqu'il y a une cession de parts détenues par l'État, alors la Commission administrative de surveillance des actifs détenus par l'État ou un organe ayant reçu une autorisation spécifique doit donner son accord pour que l'opération ait lieu.

1) Procédure devant la Commission nationale du développement et de la réforme

340. Présentation de la Commission nationale du développement et de la réforme. La Commission nationale du développement et de la réforme est l'un des organes principaux du gouvernement chinois. Elle est directement sous l'égide du Conseil des affaires de l'État et est responsable de l'organisation macro-économique, de la politique industrielle et du développement et de la réforme de l'économie de la Chine. Ses missions principales consistent à « *formuler et mettre en œuvre les stratégies du développement économique et social national, les plans annuels, les programmes de développement à long et moyen terme ; effectuer des recherches et analyses sur la situation économique nationale et internationale ; mettre en avant les objectifs et politiques portant sur le développement de l'économie nationale, la régulation du niveau général du prix et l'optimisation des structures économiques principales, et émettre des recommandations sur l'emploi de différents instruments et programmes économiques ; soumettre un plan pour le développement économique et social auprès de l'Assemblée nationale populaire au nom du Conseil des affaires de l'État* »[618].

[617] Voir l'article 6 des Dispositions administratives concernant les Banques à investissement étranger (中華人民共和國外資營行管理條例), adoptées par le Conseil des affaires de l'Etat le 8 novembre 2006, en vigueur le 11 décembre 2006.

[618] Voir l'Avis sur l'Organisation et la structure du Conseil des affaires de l'Etat (2008). D'autres fonctions majeures de la Commission nationale du développement et de la réforme sont notamment : (2) de surveiller les tendances du développement macroéconomique et social, et fournit une prévision, un avertissement et des informations […] ; (3) de synthétiser et analyser la situation fiscale et financière, de participer à l'élaboration des politiques fiscale, monétaire et foncière, et d'élaborer et mettre en oeuvre les politiques tarifaires; de fixer et d'adapter les prix des produits de bases principaux qui sont reculé par l'Etat […]; (4) de diriger, promouvoir

341. Mesures d'investissements étrangers du 17 mai 2014. Parmi ses fonctions spécifiques relatives aux investissements directs étrangers, la Commission nationale du développement et de la réforme, avec le concours du MOCFOM, prépare et publie le Catalogue d'orientation conformément aux plans quinquennaux du Parti communiste chinois. La Commission nationale du développement et de la réforme et ses bureaux locaux sont responsables du contrôle et de l'approbation des projets d'investissement direct étranger, impliquant des actifs immobilisés. Elle constitue ainsi l'un des organes étatiques principaux des investissements directs étrangers.

Cette procédure de contrôle et d'approbation devant la Commission nationale du développement et de la réforme est régie par les Mesures administratives pour le contrôle et l'enregistrement des projets d'investissement étranger (外商投資項目核准和備案管理辦法, *Wàishāng tóuzī xiàngmù hézhǔn hé bèi'àn guǎnlǐ bànfǎ*, ci-après dénommées « Mesures d'investissements étrangers de 2014 »), adoptées par la Commission nationale du développement et de la réforme le 17 mai 2014. Ces Mesures d'investissements étrangers de 2014 doivent être appliquées en conjonction avec le Catalogue des projets d'investissement soumis au contrôle gouvernemental (政府核准的投資項目目錄, *Zhèngfǔ hézhǔn dì tóuzī xiàngmù mùlù*, ci-après dénommé « Catalogue du contrôle gouvernemental de 2016 »), adopté par le Conseil des affaires de l'État le 12 décembre 2016.

342. Projets d'investissements étrangers soumis à l'examen de la Commission nationale du développement et de la réforme. Les Mesures d'investissements étrangers de 2014 concernent tous les projets d'investissement direct étranger, y compris les EJV, CJV et WFOE qui contiennent un investissement d'actifs immobilisés[619]. Contrairement aux règles d'approbation de la Commission nationale du développement et de la réforme de 2004, les Mesures de 2014 divisent les projets d'investissement étranger en deux catégories : ceux qui requièrent un examen au préalable, et ceux qui n'ont qu'une obligation de déclarer certaines

---

et coordonner la restructuration du système économique; d'étudier les problèmes principaux concernant la structure des systèmes économique […]; (5) de planifier la configurations projets de construction clefs; d'approuver, autoriser et de contrôler les projets de construction majeures […]; (6) de faire progresser la structuration stratégique économique […]; de coordonner les problèmes majeures des domaines du développement social et économique rural et agricole […]; (7) d'élaborer des stratégies, plans et programmes majeurs pour encourager le développement coordonné de l'économie régionale, le développement des régions de l'ouest, de revitaliser les régions du nord-est et centrale […]; (8) de maintenir le solde global et la mainmise globale sur les marchandises importantes […]; (9) de coordonner les programmes de développement social avec les programmes de développement économique national […]; (10) de promouvoir le développement durable […]. Voir http://en.ndrc.gov.cn/mfndrc/default/htm, consulté le 21 aout 2017.

[619] Article 2 des Mesures d'investissements étrangers de 2014 énonce que les actifs immobilisés des projets d'investissement qui sont régis par le Catalogue doivent être soumis à un contrôle et obtenir une approbation.

informations pour enregistrement[620]. Par exemple, les Mesures d'investissements étrangers de 2014 énoncent que les projets d'investissement étranger autres que ceux des articles 4 (1) et 4 (2), mais qui sont énoncés dans les dispositions 1-11 du Catalogue de contrôle gouvernemental de 2016 doivent être soumis à un contrôle et recevoir une approbation administrative. Et l'article 5 des Mesures d'investissements étrangers de 2014 énonce également que les projets d'investissement étranger qui ne tombent pas dans les catégories de l'article 4 peuvent être établis sur simple enregistrement auprès de l'organe compétent du gouvernement local[621]. Ce dernier article constitue une réelle avancée dans l'évolution du régime d'approbation des investissements directs étrangers en Chine, car il a ouvert la possibilité à certaines catégories de projets d'investissement direct étranger de ne plus demander l'approbation de la part de la Commission nationale du développement et de la réforme.

343. Répartition de la compétence entre la Commission nationale du développement et de la réforme et ses bureaux locaux. Parmi les projets d'investissement étranger qui sont à soumettre à la Commission nationale du développement et de la réforme pour approbation, il faut différencier ceux qui sont de la compétence de la Commission nationale du développement et de la réforme nationale et ceux qui sont de la compétence des bureaux locaux de la Commission nationale du développement et de la réforme.

Conformément aux Mesures d'investissements étrangers de 2014, les projets d'investissement direct étranger doivent être soumis à la procédure devant la Commission nationale du développement et de la réforme du niveau national s'ils remplissent l'une des conditions suivantes : (1) s'il s'agit d'un projet de la catégorie encouragée dont le montant total d'investissement est supérieur ou égal à 300 millions USD qui exige que l'associé chinois ait le pouvoir de contrôle ; ou (2) s'il s'agit d'un projet de la catégorie restreinte dont le montant total d'investissement est supérieur ou égal à 50 millions USD (sauf pour les projets immobiliers)[622].

Les Mesures d'investissements étrangers de 2014 énumèrent également les types de projets d'investissement étranger qui doivent recevoir une approbation de la Commission nationale du développement et de la réforme provinciale. Il s'agit notamment des projets d'investissement immobilier qui sont de la catégorie restreinte, et ceux de la catégorie

[620] Article 3 des Mesures d'investissements étrangers de 2014.
[621] Article 5 des Mesures d'investissements étrangers de 2014.
[622] Article 4(1) des Mesures d'investissements étrangers de 2014.

restreinte et dont le montant total d'investissement est inférieur à 50 millions USD[623]. Les projets de la catégorie encouragée dont le montant total d'investissement est inférieur à 300 millions USD et qui exigent que le pouvoir de contrôle appartienne au partenaire chinois doivent également être approuvés par la Commission locale du développement et de la réforme[624].

344. Documents soumis au contrôle de la Commission nationale du développement et de la réforme. Conformément aux Mesures d'investissements étrangers de 2014, la Commission nationale du développement et de la réforme ou ses bureaux locaux ou provinciaux déterminent l'admissibilité du projet d'investissements étrangers en faisant référence au Catalogue d'orientation. La véritable procédure d'approbation gouvernementale commence avec la soumission d'une requête pour l'approbation de la planification du projet auprès de la Commission nationale du développement et de la réforme ou son bureau local. La requête en question doit inclure un « rapport de soumission du projet » qui expose les informations suivantes : (1) un aperçu du projet et ses investisseurs ; (2) une analyse de l'utilisation des ressources et de l'impact environnemental écologique et environnemental ; (3) une analyse de l'impact socio-économique.

Le rapport de soumission du projet doit également fournir les documents suivants : (1) des documents de preuve pour l'enregistrement de l'entreprise, le bilan financier du dernier audit de l'investisseur et un certificat de solvabilité délivré par une banque dans laquelle les investisseurs étrangers et chinois détiennent un compte ; (2) une lettre d'intention ; (3) un avis écrit sur le choix du site délivré par l'organe administratif compétent de l'aménagement urbain et rural pour certains projets spécifiques ; (4) un avis d'examen préliminaire sur l'usage des sols délivré par l'organe administratif du territoire et des ressources compétent ; (5) les documents d'examen et d'approbation pour l'évaluation de l'impact environnemental, délivré par l'organe administratif comptent de la protection environnementale ; (6) un avis d'analyse de l'économie de l'énergie délivrée par l'organe de contrôle d'économie d'énergie compétent ; (7) les documents de confirmation remis par l'organe administratif comptent lorsque l'apport en capital est effectué avec des actifs détenus par l'État et ; (8) tout autre document exigé par la législation nationale[625].

[623] Article 4(2) des Mesures d'investissements étrangers de 2014.
[624] *Ibid.*
[625] Article 10 des Mesure d'investissements étrangers de 2014.

345. Contenu de la requête soumise à la Commission nationale du développement et de la réforme. L'autorité administrative d'approbation doit effectuer l'examen et l'approbation de la requête du projet d'investissement dans un délai de 20 jours ouvrables à compter de sa réception[626]. Le requête recevra l'approbation administrative si elle remplit cumulativement six conditions : (1) être conforme à la législation et la réglementation en la matière, le Catalogue d'orientation et le Catalogue d'orientation des régions centrales et de l'Ouest ; (2) être conforme à la planification du développement, et la politique des industries ; (3) démontre que l'investissement puisse se développer et utilise de façon effective les ressources ; (4) ne pas avoir de répercussion négative sur l'intérêt général ; (5) ne pas affecter la sécurité nationale et la sécurité écologique et ; (6) être conforme aux dispositions législatives concernant la tenue des comptes et la gestion des dettes[627].

346. Approbation de la Commission nationale du développement et de la réforme. Lorsqu'un projet d'investissement est approuvé, la Commission nationale du développement et de la réforme, son bureau local ou provincial, délivre un document écrit décrivant les éléments contrôlés et confirmant l'obtention de l'approbation administrative. Un second exemplaire dudit document doit être fourni aux départements responsables de la gestion de l'industrie, de l'urbanisme, des terres et des ressources, de la protection environnementale, du contrôle d'économie de l'énergie, etc. Si le projet ne reçoit pas d'approbation, l'autorité de contrôle et d'approbation doit fournir une explication écrite, et informer le porteur du projet de son doit de déposer une demande de révision administrative ou d'intenter une action devant la justice administrative[628].

347. Projets ne nécessitant pas le contrôle et l'approbation de la Commission nationale du développement et de la réforme. Pour les projets d'investissement étranger qui ne nécessitent pas d'être soumis à la procédure de contrôle et d'approbation administrative, les investisseurs peuvent simplement déposer leur projet d'investissements étrangers pour enregistrement auprès de la Commission nationale du développement et de la réforme compétente. La demande d'enregistrement doit fournir certaines informations obligatoires relatives au projet, notamment un aperçu général du projet et ses investisseurs, les justificatifs de l'enregistrement de l'entreprise d'investisseurs étrangers et chinois, la lettre

[626] Article 15 des Mesures d'investissements étrangers de 2014. Cependant, cette période n'inclut pas le délai requis pour qu'une agence de conseil conduise une analyse de l'article 14§1.
[627] Article 15 des Mesures d'investissements étrangers de 2014.
[628] Article 17 des Mesures d'investissements étrangers de 2014.

d'intention et la décision pertinente du Conseil d'administration[629]. Pour être enregistré, le projet d'investissement doit être conforme aux dispositions législatives et réglementaires en la matière, notamment au Catalogue d'orientation, et il doit aussi être en conformité avec la planification du développement et la politique des industries[630]. En cas de refus d'enregistrement, la Commission nationale du développement et de la réforme compétente doit délivrer une explication écrite dans un délai de 7 jours ouvrables[631].

348. Ouverture de la phase de négociations. Une fois que la requête relative au projet d'investissement reçoit l'approbation administration nécessaire, ou est valablement enregistrée par la Commission nationale du développement et de la réforme compétente, les investisseurs peuvent ensuite entamer les négociations pour former une entreprise à participation étrangère. Si le projet avait pour objectif d'établir une joint-venture sino-étrangère, un contrat de joint-venture et les statuts de la société doivent être établis à la sortie de la phase négociations. C'est également pendant cette phase que les associés négocient les diverses licences d'exploitation (du sol ou de la technologie), la cession de parts détenues par l'État, et les contrats de vente de marchandises ou de prestation de service nécessaires pour le bon fonctionnement de la joint-venture sino-étrangère.

Pour une WFOE, cette phase est beaucoup plus simple en raison de l'absence de négociation avec un associé chinois. Cependant, une WFOE nécessite une phase préparatoire pour l'élaboration des statuts de la société et la conclusion des contrats de vente de marchandises ou de prestation de service avec un tiers.

Une fois que le contrat de joint-venture, les Statuts de la société et les contrats pour le bon fonctionnement de l'entreprise à participation étrangère ont été conclus, l'étape suivante pour les investisseurs étrangers est de soumettre une autre requête d'approbation après du Ministère du Commerce ou du département local de commerce (en fonction de la taille et la nature du projet). La version 2013 du Catalogue de contrôle gouvernemental précise que « *la constitution et la modification d'une entreprise à participation étrangère doivent être assujetties à l'approbation du Ministère du Commerce et des gouvernements locaux, conformément aux dispositions applicables en la matière* »[632]. Cependant, cette obligation a été remplacée par une obligation de divulgation par la réforme de 2016 pour une partie des secteurs d'industrie ouverts aux investissements étrangers.

[629] Article 18 des Mesures d'investissements étrangers de 2014.
[630] Article 19 des Mesures d'investissements étrangers de 2014.
[631] Article 20 des Mesures d'investissements étrangers de 2014.
[632] Article 12§2 du Catalogue de contrôle gouvernemental de 2017.

2) Procédure devant le Ministère du Commerce

349. Rôle du Ministère du Commerce. Le Ministère du Commerce est directement sous l'égide du Conseil des affaires de l'État. Il s'agit d'un organe gouvernemental qui s'occupe directement des investissements directs étrangers en Chine, et qui est en contact et interaction directs avec les investisseurs étrangers. Il est responsable du régime juridique des investissements directs étrangers (sauf pour les institutions financières), et à cette fin, élabore des textes normatifs relatifs aux investissements directs étrangers et complète les lois sur les investissements directs étrangers qui sont adoptées par l'Assemblée nationale populaire. Du point de vue des investisseurs étrangers, le Ministère du Commerce est l'agence qui responsable de la procédure de vérification et d'approbation de la constitution de toutes les entreprises à participation étrangère. C'est le Ministère du Commerce qui délivre les certificats d'approbation aux entreprises à participation étrangère et donne les Réponses d'approbation des investissements étrangers.

Le Ministère du Commerce et ses autorités locales sont également responsables pour vérifier et autoriser les modifications ultérieures des entreprises à participation étrangère déjà constituées. Il s'agit d'un organe étatique qui détient l'autorité ultime d'approbation concernant les projets d'investissement étranger dans les secteurs du service et du commerce qui n'impliquent pas d'investissement d'actif immobilier.

350. Procédure devant le Ministère du Commerce. Une fois que l'approbation de la Commission nationale du développement et de la réforme a été obtenue pour un projet d'investissements étrangers, les investisseurs doivent procéder à la prochaine étape de la procédure d'approbation. Pour un projet d'investissement direct étranger nouveau (une joint-venture sino-étrangère ou une WFOE), cette prochaine étape est en la soumission de la requête de vérification et d'approbation, dont la procédure se déroule devant le Ministère du Commerce.

Les documents qui sont à soumettre au Ministère du Commerce pour vérification et approbation sont notamment les statuts de la société, et le contrat de joint-venture s'il s'agit d'une demande d'établissement d'une joint-venture sino-étrangère. Il est conseillé que les demandeurs soumettent la version finale des documents constitutifs de l'entreprise car, le contrôle et l'approbation ne valent que pour les documents soumis. Si une modification vient ultérieurement, une autre requête auprès du Ministère du Commerce sera nécessaire. C'est pour cette raison que de nombreux investisseurs étrangers fournissent d'abord une première

version pour un contrôle informel avant de procurer la version finale et signer des documents. Ainsi, si le Ministère du Commerce considère qu'un des éléments des documents est contraire à la législation ou à la réglementation chinoise en vigueur une modification ultérieure pourrait être effectuée sans que les investisseurs aient à recommencer la procédure longue et compliquée de contrôle et d'approbation.

Après l'accession de la Chine à l'OMC au début du XXIe siècle, le Conseil des affaires de l'État a publié la Décision du Conseil des affaires de l'État sur la réforme du système d'investissement (國務院關於投資體制改革的决定, *Guówùyuàn guānyú tóuzī tǐzhì gǎigé de juédìng*)[633] afin de réformer la procédure générale pour les investissements chinois et étrangers en Chine. Le changement majeur est le remplacement du système d'approbation (審批制, *Shěnpī zhì*) par le système de contrôle et de vérification (核准制, *Hézhǔn zhì*) qui est complété par un système d'enregistrement (備案制, *Bèi'àn zhì*).

En principe, la procédure d'approbation ne s'appliquerait qu'aux projets d'investissement majeurs, surtout ceux qui utilisent les fonds nationaux, et les projets d'investissement étranger de la catégorie restreinte, alors que le système de contrôle et de vérification et le système d'enregistrement s'appliqueraient à tous les autres projets d'investissement étranger. Dans la pratique, ces deux procédures n'ont pas de différence majeure.

351. Décentralisation du Ministère du Commerce. Les réformes de 2004 sont suivies d'une décentralisation de l'autorité d'approbation gouvernementale à la suite de la crise économique. Le 6 avril 2010, le Conseil des affaires de l'État adopte l'Avis du Conseil des affaires de l'État concernant le bon travail effectué au sujet de l'utilisation des investissements étrangers (國務院關於進一部做好利用外資工作的若干意見, Guówùyuàn guānyú jìnyī bù zuò hào lìyòng wàizī gōngzuò de ruògān yìjiàn, Avis du Conseil des affaires de l'État #9)[634][635], qui a accéléré la procédure de décentralisation du pouvoir d'approbation, et qui établit les considérations politiques gouvernementales de haut-niveau par rapport aux investissements étrangers et à leur rôle au sein de l'économie chinoise. Cet Avis du Conseil des affaires de l'État #9 met en avant l'intention du gouvernement central « *d'améliorer la*

[633] Publiée par le Conseil des affaires de l'Etat le 27 juin 2004.

[634] Avis du Conseil des affaires de l'État concernant le bon travail effectué au sujet de l'utilisation des investissements étrangers (國務院關於進一部做好利用外資工作的若干意見) publié le 6 avril 2010, disponible sur http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=8014&lib=law, consulté le 30 décembre 2016.

[635] Cette Avis #9 a cependant été abrogé par la Décision #31de la Commission nationale du développement et de la réforme relative à l'abrogation partielle des règlements et des textes normatifs (国家发展和改革委员会关于废止部分规章和规范性文件的决定), du 1e janvier 2016, disponible sur http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=262374, consulté le 8 mars 2016.

qualité et le niveau de l'utilisation des investissements étrangers, et de mieux exploiter les investissements étrangers pour qu'ils puissent jouer un rôle positif en facilitant les innovations scientifiques et technologiques »[636]. En effet, l'Avis #9 du Conseil des affaires de l'État énonce, sous le titre d'« *Optimisation de la structure d'exploitation des investissements étrangers* », que « *Nous devrons, en fonction de nos besoins de développement économique et en tenant compte des exigences du programme national de restructuration et de revitalisation industrielles, apporter des modifications au Catalogue d'orientation des industries pour les investissements étrangers, élargir les champs d'ouverture, et encourager les investissements étrangers dans les industries manufacturières de haut de gamme, de la haute et nouvelle technologie, des services modernes ainsi que de l'énergie nouvelle, de l'économie d'énergie et de la protection de l'environnement. Les projets à forte pollution et à forte consommation d'énergie, aussi bien que les projets à faible niveau d'expansion doivent être strictement restreints* »[637].

L'avis du Conseil des affaires de l'État #9 est succédé par un Circulaire du Commission nationale du développement et de la réforme du 4 mai 2010 concernant la décentralisation du pouvoir de contrôle et d'approbation des investissements étrangers (國家發展改革委關於做好外商投資項目下訪核准權限工作的通知, *Guójiā fāzhǎn gǎigé wěi guānyú zuò hǎo wàishāng tóuzī xiàngmù xià fǎng hézhǔn quánxiàn gōngzuò de tōngzhī*), puis le 10 juin 2010, par la Notice du Ministère du Commerce sur la décentralisation du pouvoir de contrôle et d'approbation des investissements étrangers (商務部關於下放外商投資審批有關問題的通知, *Shāngwù bù guānyú xiàfàng wàishāng tóuzī shěnpī yǒuguān wèntí de tōngzhī,* ci-après « Circulaire #209 du Ministère du Commerce ») [638] qui prévoit un accroissement considérable du pouvoir d'approbation local. En effet, selon le circulaire # 209 du Ministère du Commerce : « *La constitution et la modification d'une entreprise à participation étrangère dont l'investissement total est inférieur ou égal à 300 millions USD, et qui est de la catégorie encouragée ou autorisée, dont le l'investissement total est inférieur ou égale à 50 millions USD et qui est de la catégorie restreinte du Catalogue d'orientation des industries pour les investissements étrangers (le quota) seront assujettis à une procédure administrative d'examen et d'approbation des départements de commerce des provinces,*

[636] Paragraphe I des Certaines Avis concernant le bon travail (*good job*) effectué au sujet de l'utilisation des investissements étrangers (國務院關於進一部做好利用外資工作的若干意見) du 6 avril 2010. Disponible sur http://www.lawinfochina.com/Display.aspx?lib=law&Cgid=129020, consulté le 21 aout 2017.
[637] *Ibid*.
[638] Disponible sur http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=8192&CGid=, consulté le 21 aout 2017.

des régions autonomes, des municipalités directement sous l'égide du gouvernement central, des villes sous-provinciales, du Corps de production et de construction du Xinjiang, des villes infraprovinciales (y compris Harbin Changchun, Shenyang, Jinan, Nanjing, Hangzhou, Guangzhou, Wuhan, Chengdu et Xi'an) et les Zones de développement économique et technologique national »[639].

Le Circulaire #209 du Ministère du Commerce énonce non seulement que toute augmentation du montant d'investissement qui est inférieur au quota décrit ci-dessus doit être soumise à une procédure de contrôle et d'approbation par les autorités locales de contrôle et d'approbation,[640] mais, également que « *la formation et la modification d'une entreprise à participation étrangère dont l'investissement dépasse le quota et qui est de la catégorie encouragée […] est soumises à la procédure administrative de contrôle et d'approbation des autorités locales de contrôle et d'approbation* »[641]. En d'autres termes, seuls quelques projets d'investissement dont le montant total d'investissement dépasse 300 millions USD peuvent être approuvés par une autorité locale.

Préalablement à la réforme de 2004 sur le système d'approbation des investissements étrangers, tout investissement étranger qui dépassait 30 millions USD devait recevoir l'approbation du gouvernement central, il s'agissait d'une exigence tellement décourageante qu'un grand nombre de projets d'investissement étaient divisés en plusieurs petits projets d'investissements de 29,5 millions USD afin d'éviter de devoir déposer une requête d'approbation devant le gouvernement central à Pékin. Désormais, les projets dont le montant d'investissement est multiplié par dix peuvent recevoir l'approbation d'une autorité locale compétente. Cet accroissement du pouvoir local d'approbation des investissements étrangers démontre non seulement l'envie de la Chine d'attirer plus d'investissements étrangers durant la période de stagnation économique, mais, également le niveau élevé de sophistication des autorités locales pour gérer des projets de cette ampleur[642].

326. Répartition de compétence entre le Ministère du Commerce national et ses bureaux locaux. La détermination de l'autorité compétence se fait selon les critères ci-dessous.

[639] Paragraphe I de l'Avis 209 du Ministère du Commerce, *ibid.*
[640] Paragraphe II de l'Avis du 209 du Ministère du Commerce, *ibid.*
[641] Paragraphe III de l'Avis du 209 du Ministère du Commerce, *ibid.*
[642] Et aussi de la vision du gouvernement central sur la capacité des autorités locales d'administrer la procédure de contrôle et d'approbation des projets d'investissement étranger de grande envergure.

	Ministère du Commerce	Bureau de commerce local
Entreprises à participation étrangère (EPE) de la catégorie encouragée	Le montant total d'investissement est supérieur ou égal à 300 millions USD et lorsque l'équilibre budgétaire du gouvernement est recherché.	Le montant total d'investissement est : 1. inférieur à 300 millions USD ; 2. supérieur ou égal à 300 millions USD et lorsque la recherche de l'équilibre budgétaire étatique n'est pas nécessaire.
EPE de la catégorie permise	Le montant total d'investissement est supérieur ou égal à 300 millions USD.	Le montant total d'investissement est inférieur à 300 millions USD.
EPE de la catégorie restreinte	Le montant total d'investissement est supérieur ou égal à 50 millions USD.	Le montant total d'investissement est inférieur à 50 millions USD.
EPE du secteur de tertiaire	Incompétence, sauf dispositions contraires des lois et règlements.	Compétence générale, sauf disposition juridique contraire.
Sociétés par actions à participation étrangère	Le montant total d'investissement est supérieur ou égal à 300 millions USD.	Le montant total d'investissement est inférieur à 300 millions USD.

327. Suppression de la procédure de contrôle et d'approbation auprès du Ministère du Commerce. Parallèlement à la décentralisation du pouvoir local de contrôle et d'approbation, le Ministère du Commerce traverse la même tendance de changement de système que celle de la Commission nationale du développement et de la réforme, c'est-à-dire le remplacement du système de contrôle et d'approbation par un système de déclaration et d'enregistrement. En effet, le 3 septembre 2016, le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire a adopté la Décision de modifier les quatre lois portant sur les entreprises à participation étrangère (關於修改《中華人民共和國外資企業法》等四部法律的決定, *Guānyú xiūgǎi « zhōnghuá rénmín gònghéguó wàizī qǐyè fǎ » děng sìbù fǎlǜ de juédìng*, Décision modifiant les quatre Lois) et modifie les trois lois portant sur les entreprises à participation

étrangère qui régissent les investissements directs étrangers en Chine[643]. À la suite de cette décision, le Ministère du Commerce publie un projet de réglementation portant sur l'enregistrement des entreprises à participation étrangère pour une consultation publique, puis le 8 octobre 2016, le Règlement provisoire sur l'enregistrement administratif de la constitution et la modification des entreprises à participation étrangère ont été adoptés par le Ministère du Commerce.

328. Introduction éventuelle de la Liste négative nationale. La Décision de 2016 institue un système proche de la Liste négative pour administrer les investissements étrangers en Chine. Le système de la Liste négative voudrait que les investisseurs étrangers reçoivent un traitement national au sein de tous les secteurs industriels, sauf pour ceux qui apparaissent sur une liste publiée par le gouvernement chinois (la Liste négative)[644]. Les projets qui sont énumérés dans la Liste négative sont soit prohibés, soit rencontrent des restrictions spécifiques. Les projets d'investissement étranger de la catégorie « restreinte » nécessitent une approbation au préalable du Ministère du Commerce, et dans ces cas-là, le régime cité ci-dessus est applicable. Pour les projets qui n'apparaissent pas dans la Liste négative, c'est-à-dire lorsque les investisseurs se voient appliquer le traitement national, un simple système de déclaration et d'enregistrement[645] auprès du Ministère du Commerce, ou de son bureau local, est nécessaire. Les détails portant sur la Liste négative sont absents de la Décision modifiant les quatre lois d'entreprises à participation étrangère car, il est initialement prévu que cette liste soit adoptée ultérieurement par le Conseil des affaires de l'État le 1er octobre 2016 au plus tard. À la date d'aujourd'hui[646], aucune Liste négative officielle n'a été communiquée par le gouvernement chinois, seul le Catalogue d'orientation de 2017 mentionne brièvement la Liste négative, en fusionnant les catégories restreintes et prohibées sous une même section qui s'intitule « Mesures de gestion spéciale pour l'entrée sur le marché des investissements étrangers », qui est officieusement la Liste négative.

329. Introduction d'un nouveau régime déclaratif. Depuis le 1er octobre 2016, le régime de déclaration et d'enregistrement est appliqué à la constitution et aux modifications des entreprises à participation étrangère dont les activités ne sont pas mentionnées dans la Liste

[643] La quatrième loi des entreprises à participation étrangère concerne uniquement les investissements étrangers issus de Taiwan.
[644] Article 2 de la Décision.
[645] Selon l'article 5 du Règlement provisoire, il s'agit désormais d'un système d'organisation des informations centralisées permettant aux investisseurs étrangers de remplir un formulaire en ligne.
[646] Le 6 septembre 2017.

négative[647]. Le Ministère du Commerce n'exige pas que les investisseurs étrangers soumettent leurs documents clefs de la gouvernance d'entreprises (les statuts de la société ou le contrat de joint-venture pour les investissements souhaitant établir une joint-venture sino-étrangère) pour enregistrement, simplement que la demande d'enregistrement ait lieu dans un délai de 30 jours à compter de l'obtention de la licence d'affaire pour la constitution[648], ou de 30 jours à compter de la survenance d'une modification[649]. De surcroît, la Décision précise que l'approbation du Ministère du Commerce n'est plus une condition sine qua non pour la constitution des entreprises à participation étrangère dont le secteur d'activité n'est pas mentionné par la Liste négative, l'approbation du Ministère du Commerce n'est plus une exigence pour leur existence. Ce nouveau système offre aux investisseurs étrangers plus de flexibilité dans la phase de la constitution de l'entreprise et lorsqu'ils souhaitent effectuer des modifications ultérieures.

3) Procédure de contrôle et d'enregistrement devant l'Administration étatique de l'industrie et du commerce

330. Présentation. L'Administration étatique de l'industrie et du commerce est un département qui est directement sous l'égide du Conseil des affaires de l'État, et a un rôle de registre national des sociétés chinoises. Conformément au Règlement administratif sur l'enregistrement des sociétés, l'Administration étatique de l'industrie et du commerce est responsable de l'enregistrement et de la surveillance administrative des entreprises à participation étrangère[650]. De manière générale, l'Administration étatique de l'industrie et du commerce est compétente pour l'enregistrement des entreprises à participation étrangère après la procédure d'approbation et d'enregistrement du Ministère du Commerce.

L'Administration étatique de l'industrie et du commerce autorise les Administrations de l'industrie et du commerce locales à enregistrer les entreprises à participation étrangères qui ont reçu l'approbation ou qui ont été enregistrées par le Ministère du Commerce local. C'est à la suite de l'enregistrement par l'Administration étatique de l'industrie et du commerce ou par les Administrations locales de l'industrie et du commerce que l'entreprise à participation étrangère reçoit sa licence d'affaires, et son existence juridique commence à la date de la

[647] Article 4 du Règlement provisoire.
[648] Article 5 du Règlement provisoire.
[649] Article 6 du Règlement provisoire.
[650] Article 6 du Règlement administratif concernant l'enregistrement des sociétés.

délivrance de la licence d'affaires[651]. À noter que désormais, l'enregistrement de la grande majorité des entreprises à participation étrangère se fait devant les Administrations locales de l'industrie et du commerce.

331. Informations et documents à fournir. Les informations à donner lors de l'enregistrement d'une entreprise à participation étrangère sont : la dénomination sociale, l'adresse, le champ d'activités, le montant total d'investissement, le capital social, le type d'entreprise, le représentant légal, la période d'activité, l'identité des associés s'il s'agit d'une société à risque limité, l'identité des fondateurs s'il s'agit d'une société par actions[652]. Pour faire enregistrer une entreprise à participation étrangère, les documents à fournir sont : une lettre de requête d'enregistrement signée par le représentant légal de l'entreprise à participation étrangère, une copie du contrat de joint-venture, les statuts de la société, et le document démontrant l'obtention de l'approbation ou de l'enregistrement du Ministère du Commerce ou de son bureau local ou provincial, un rapport de l'étude de faisabilité, un certificat de constitution, un certificat de solvabilité, la liste des membres du Conseil d'administration, et le nom, l'adresse et les documents de nomination des dirigeants et du représentant légal, et d'autres documents exigés par l'autorité d'enregistrement[653].

332. Enregistrement de la dénomination sociale. L'entreprise à participation étrangère doit également compléter une procédure préalable d'enregistrement de sa dénomination sociale (企業預先核准, *Qǐyè yùxiān hézhǔn*), avant de soumettre la demande d'approbation ou d'enregistrement auprès du Ministère du Commerce, et cela indépendamment de la forme de l'entreprise [654]. Conformément au Règlement administratif d'application sur l'enregistrement de la dénomination sociale (企業名稱登記管理實施辦法, *Qǐyè míngchēng dēngjì guǎnlǐ shíshī bànfǎ*, ci-après « Règlement d'application de la dénomination sociale »), adopté le 14 juin 2004 par l'Administration étatique de l'industrie et du commerce, la procédure d'enregistrement de la dénomination sociale doit être effectuée avant la procédure d'approbation ou d'enregistrement du Ministère du Commerce pour la constitution d'une entreprise à participation étrangère[655]. Cette procédure d'enregistrement préalable de la

[651] Article 3 du Règlement administratif sur l'autorisation d'enregistrement des entreprises à participation étrangère (外資投資企業授權登記管理辦法), adopté par l'Administration étatique de l'industrie et du commerce le 1e février 2003.
[652] Article 9 du Règlement administratif sur l'enregistrement des sociétés.
[653] Article 18 du Règlement administratif sur l'enregistrement des sociétés.
[654] Article 14 du Règlement administratif gouvernant l'enregistrement de la personnalité juridique de l'entreprise (中華人民共和國企業法人登記管理條例), publié par le Conseil des affaires de l'Etat le 3 juin 1988, et amendé le 19 février 2014.
[655] Article 22 du Règlement administratif d'application sur l'enregistrement de la dénomination sociale.

dénomination sociale auprès de la AIC compétente est nécessaire pour assurer que la dénomination choisie ne soit pas déjà prise par une autre entreprise, ou ne soit pas contraire à une législation ou une réglementation en vigueur. En effet, la dénomination doit respecter les dispositions du Règlement d'application de la dénomination sociale, ce qui inclut la restriction d'utiliser des noms de lieux, une écriture étrangère ou un nombre[656]. Les WFOE et les joint-ventures sino-étrangères dans lesquelles l'associé étranger détient le pouvoir de contrôle dispose de la possibilité d'utiliser les caractères chinois pour « la Chine » (中國) dans leur dénomination sociale, alors que les entreprises à participation étrangère dans lesquelles l'associé chinois détient le pouvoir de contrôle ne bénéficient pas de cette option[657]. Il faut attendre que la dénomination sociale soit enregistrée par l'Administration de l'industrie et du commerce compétente que les investisseurs puissent soumettre le formulaire d'approbation ou d'enregistrement auprès du Ministère du Commerce pour la constitution d'une entreprise à participation étrangère, et le Ministère du Commerce exigera que le certificat d'enregistrement de la dénomination sociale soit fourni avec d'autres documents nécessaires dans la requête.

333. Simplification de la procédure de modification. Le système antérieur de contrôle et d'approbation exigeait que l'investisseur obtienne un nombre d'approbations gouvernementales, et cette procédure pouvait durer plus de trois mois pour accomplir la procédure de constitution. Le nouveau système de déclaration et d'enregistrement offre aux investisseurs étrangers une procédure d'inscription des entreprises fortement simplifiée car, elle permet aux investisseurs étrangers d'effectuer la demande d'enregistrement ou de modification d'enregistrement auprès de l'Administration de l'industrie et du commerce compétente, avant d'entamer la procédure devant le Ministère du Commerce. De surcroît, la déclaration et l'enregistrement s'effectuent maintenant en ligne, et ces informations données sont accessibles pour tous sur internet. En cas de manquement à l'obligation de déclaration de déclaration erronée, l'entreprise sera obligée de rectifier les informations erronées, et encourra une peine d'amende dont le montant s'élève à trois fois du gain illégalement perçu[658].

C. Introduction de l'obligation de divulgation automatique des entreprises

[656] Chapitre 2 du Règlement d'application de la dénomination sociale.
[657] Article 10, *Ibid.*
[658] Article 22 du Règlement provisoire.

1) Présentation de la réforme sur la procédure d'enregistrement

334. Introduction de la réforme du 3 septembre 2016. la Décision relative à la réforme des quatre Lois, y compris les Lois sur les entreprises à participation étrangère (全國人大常委會關於修改《中華人民共和國外資企業法》等四部法律的決定)[659] a été adoptée par le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire en 2016. Cette décision a pour mission principale de modifier la procédure d'enregistrement des opérations d'investissements étrangers et de mettre en place un système de liste négative nationale afin de simplifier et de raccourcir la procédure d'enregistrement des entreprises à participation étrangère. Cette décision est en vigueur depuis le 1er octobre.

Le changement principal réside dans l'établissement d'un nouveau système d'enregistrement en passant d'un système qui exigeait l'obtention de l'approbation du Ministère du Commerce à celui d'une simplement déclaration auprès du Ministère du Commerce. Ce changement sera accompagné de l'adoption d'une liste nationale négative. Pour les secteurs qui ne sont pas cités dans la Liste nationale négative, le Ministère du Commerce exige une simple inscription en ligne sur un site international national en remplissant un ensemble de formulaires spécifiques. Cet enregistrement doit être effectué non seulement à la formation de l'entreprise à participation étrangère, mais également pour tout changement structurel de l'entreprise à participation étrangère, tel qu'un changement dans la composition du conseil d'administration, la propriété et le montant du capital social de l'entreprise.

335. Mesures concernant la procédure d'enregistrement du 8 octobre 2016. Un nombre d'es éléments essentiels du nouveau système ont déjà été mis en place par le gouvernement. En effet, les Mesures intérimaires concernant la procédure d'enregistrement relative à la constitution et à la modification des entreprises à participation étrangère (外商投資企業設立及變更備案管理暫行辦法)[660] ont été adoptées le 8 octobre 2016. Ces Mesures ont été révisées par la suite par la Décision du Ministère du Commerce modifiant les Mesures intérimaires

[659] Décision relative à la réforme des quatre Lois, y compris les Lois sur les entreprises à participation étrangère (全国人大常委会关于修改《中华人民共和国外资企业法》等四部法律的决定), adoptée par le comité permanent de l'Assemblée national populaire le 3 septembre 2016, disponible sur http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2016-09/03/content_1996747.htm, consulté le 8 août 2017.

[660] Mesures intérimaires concernant la procédure d'enregistrement relative à la constitution et à la modification des entreprises à participation étrangère (外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法), adoptés le 8 octobre 2016 par le Ministère du Commerce, disponible sur http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=281603, consulté le 8 août 2017.

concernant la procédure d'enregistrement relative à la constitution et à la modification des entreprises à participation étrangère (商務部關於修改《外商投資企業設立及變更備案管理暫行辦法》的決定) du 30 juillet 2017[661]. Ces Mesures sont composées de cinq chapitres qui régulent les éléments suivants de la procédure de formation d'une entreprise à participation étrangère : la procédure de divulgation et d'enregistrement de la constitution d'une entreprise à participation étrangère, la procédure de contrôle et l'administration par les autorités administratives et les sanctions en cas de violation des procédures impératives.

2) Champ d'applicabilité de la nouvelle procédure d'enregistrement

336. Applicabilité *ratione personae*. Selon la Décision du 3 septembre 2016, la nouvelle procédure d'enregistrement ne s'applique qu'aux entreprises à participation étrangère suivantes : les WFOE, les EJV, les CJV, les entreprises établies par des investisseurs de Hong Kong, de Macao ou de Taiwan, et les sociétés par actions à capitaux étrangers.

337. Applicabilité *ratione materiae*. L'article 6 des Mesures détermine le champ d'application matérielle de la nouvelle procédure d'enregistrement des entreprises à participation étrangère. Selon cet article, relève du champ des Mesures, la procédure d'établissement de l'entreprise à participation étrangère et la procédure de modifications ultérieures lorsque ces modifications portent sur les éléments suivants : (1) les informations de base de la société, c'est-à-dire la dénomination sociale, le domicile, la durée, le capital social, le montant total de l'investissement et le représentant légal de la société ; (2) les informations de base de l'investisseur, telles que son identité, sa nationalité, son domicile et la source de son apport ; (3) la structure d'actionnariat ; (4) la cessation, la fusion ou la scission de l'entreprise à participation étrangère ; (5) l'hypothèque, le transfert ou le nantissement d'une propriété détenue par une WFOE ; (6) la récupération rapide de l'investissement initial par l'investisseur étranger d'une CJV sino-étrangère ; (7) la nomination d'une personne tierce pour assurer la gestion d'une CJV sino-étrangère.

338. Domaines exclus. L'interprétation du Ministère du Commerce sur les Mesures apporte des précisions quant à la condition d'applicabilité des Mesures, et ajoute que ce nouveau

[661] Décision modifiant les Mesures intérimaires concernant la procédure d'enregistrement relative à la constitution et à la modification des entreprises à participation étrangère (商务部关于修改《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》的决定), adopté par le Ministère du Commerce 30 juillet 2017, disponible sur http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=298964, consulté le 9 août 2017.

système d'enregistrement n'est pas applicable aux investissements suivantes : (1) les investissements qui concernent un secteur cité par la Liste négative nationale ; (2) l'acquisition d'une entreprise chinoise à capitaux exclusivement chinoise par un investisseur étranger ; et (3) les investissements effectués par un investisseur étranger pour acquérir des parts d'une société côté en Chine. Pour ces trois types d'investissements, l'ancienne procédure d'enregistrement fondée sur un système de contrôle et d'approbation est applicable.

3) Nouvelle procédure d'enregistrement des entreprises à participation étrangère

339. Auprès du Ministère du Commerce. D'abord, les investisseurs doivent effectuer une réservation de la dénomination sociale auprès de l'administration locale de l'industrie et du commerce (AIC local). Puis, si le secteur d'investissement n'est pas cité dans la Liste nationale négative, les investisseurs doivent s'enregistrer sur un site spécifique du Ministère du Commerce[662]. Si l'enregistrement est exact et complet, le règlement exige que le Ministère du Commerce publie un avis d'enregistrement dans les trois jours suivant l'enregistrement.

340. Auprès de l'Administration locale de l'industrie et du commerce compétente. Une fois que l'avis a été publié par le Ministère du Commerce, il faut déposer un dossier d'enregistrement auprès de l'Administration locale de l'industrie et du commerce. Étant donné que l'Administration locale de l'industrie et du commerce peut imposer des procédures spéciales aux entreprises à participation étrangère, chaque localité peut imposer des règles supplémentaires[663]. Chaque AIC locale doit vérifier que la demande d'enregistrement soumise par les investisseurs inclut d'autres documents exigés par les mesures réglementaires spécifiques au secteur d'investissement, telles que les déclarations d'impact environnemental, les rapports sur la sécurité des bâtiments, les rapports d'impact, les rapports sur l'utilisation de l'énergie, les rapports locaux d'impact sur l'emploi, rapports d'analyse de prix, et similaires.

341. Auprès d'autres autorités administratives. Enfin, après la délivrance d'une licence commerciale par l'Administration de l'industrie et du commerce, l'entreprise à participation

[662] Site d'enregistrement disponible sur http://wzzxbs.mofcom.gov.cn/, consulté le 8 août 2017.
[663] Bien que cette pratique soit contraire à l'esprit de la nouvelle réglementation, un tel résultat est conforme à la pratique antérieur des gouvernements locaux en Chine.

étrangère doit soumettre d'autres demandes d'enregistrement auprès des autorités fiscales, de différents organismes de contrôle et du service bancaire. Selon la nature des activités de l'entreprise à participation étrangère en cause, ces exigences supplémentaires d'enregistrement peuvent être issues de normes locales ou nationales. Le respect de cette procédure d'enregistrement est requis pour que l'entreprise à participation étrangère soit valablement formée, et pour qu'elle puisse officiellement commencer ses activités commerciales.

4) Une réforme encourageante, mais insuffisante

342. Une tentative limitée de libéralisation du marché. La réforme des lois portant sur les entreprises à participation étrangère est considérée comme une étape pour « ouvrir » le marché chinois aux investissements étrangers. Cependant, cette tentative d'ouverture reste très limitée et superficielle. En effet, la structure de base du régime des investissements étrangers ne change pas. Les entreprises à participation étrangère sont essentiellement confinées aux anciennes structures de WFOE et de joint-ventures sino-étrangères. Il est toujours interdit aux étrangers d'investir directement dans des entités chinoises. De surcroît, il n'y a pas de changement quant aux industries ouvertes à l'investissement étranger. Il était espéré que la Liste négative nationale de la Chine serait simple, courte et ouverte aux investissements étrangers, mais elle est réalité identique au Catalogue d'orientation actuel, qui est complexe, long et très restrictif. Le nombre élevé de secteurs qui étaient interdits aux investissements étrangers sous l'ancien régime d'enregistrement demeurent prohibés aux investissements étrangers sous le régime de la Liste négative. Il n'y a donc eu aucune ouverture supplémentaire avec la réforme de 2016.

343. Une procédure d'enregistrement longue. Il n'y a pas de réduction significative quant au délai pour qu'une entreprise à participation étrangère soit enregistrée. Le seul changement dans le processus d'enregistrement actuel est l'élimination de l'approbation du Ministère du Commerce. La procédure d'inscription est toujours requise par la réglementation. Cela signifie que le processus d'enregistrement auprès du Ministère du Commerce sera, au mieux, réduit à trois semaines au lieu d'un mois. Cette diminution n'est cependant pas suffisante compte tenu de la procédure ancienne d'enregistrement car, l'approbation du Ministère du Commerce n'a pratiquement jamais été une source de retards dans la formation des entreprises à participation étrangère. Les retards ont presque toujours eu lieu lors de la procédure d'enregistrement auprès de l'Administration de l'industrie et du commerce et des

autres autorités administratives compétentes, et le nouveau système n'a pas supprimé cette procédure.

344. Importance de l'ancien système. La nouvelle réglementation sur les entreprises à participation étrangère en Chine n'a donc pas eu de modification majeure dans la structure de gestion des investissements étrangers de la République populaire de Chine. En effet, malgré le changement de principe relatif à la procédure d'enregistrement effectué par la réforme de 2016, l'ancien système fondé sur l'obtention d'approbation du Ministère du Commerce reste en vigueur et demeure largement appliqué. Ainsi, l'investisseur étranger doit absolument connaître non seulement le nouveau régime de 2016, mais également l'ancien régime. Cela porte également sur la connaissance des formes d'entreprises à participation étrangère qui sont ouvertes aux investissements directs étrangers.

III. Trois formes d'investissement direct : l'EJV, la CJV et la WFOE

345. Aspects généraux. Pour la majorité des projets d'investissement étranger, l'établissement d'une société à risque limité pourvu de personnalité juridique constitue une exigence de base. Cette forme permet non seulement de protéger les investisseurs (institutionnels ou individuels) des risques de la mise en œuvre de sa responsabilité illimitée, mais prévoit également une personnalité juridique séparée de celle des individus qui sont impliqués dans les activités de l'entreprise. Cette forme de personnalité morale assure le fondement pour le développement à long terme de l'entreprise en effectuant une séparation nécessaire entre la propriété de l'entreprise et la gestion de l'entreprise. Afin de répondre à ces exigences, le régime juridique actuel de la Chine offre un nombre d'options pour les investisseurs étrangers. Les trois structures d'investissement les plus utilisées sont l'EJV, la CJV et la WFOE. Cette présente section concerne la nature des trois structures les plus connues des entreprises à participation étrangère, et les avantages et inconvénients de chacune d'entre elles pour différents investisseurs et projets.

346. Définition de la JV. Il n'existe pas de définition juridique de ce qu'est la JV. Cette notion, issue du monde des affaires anglo-américain, est le plus souvent traduite par « entreprise commune » ou par « coentreprise ». Le mot « venture » renvoie à une l'image d'une aventure menée par deux entreprises indépendantes. La JV consiste le plus souvent à créer une société qui puisse être contrôlée conjointement (« *joint* ») par deux entreprises

totalement indépendantes qui vont mettre en œuvre un projet commun pendant une période déterminée[664]. Pour ce faire, les deux entreprises indépendantes se font confiance et mettent en commun certaines de leurs ressources dans l'idée d'unir leurs forces et actifs pour faire face à un marché concurrentiel et de plus en plus globalisé[665].

Une distinction est souvent opposée entre les EJV, ou les JV à capitaux, qui reposent sur la création d'une personne morale, avec les CJV, ou les JV contractuelles, qui reposent simplement sur un accord de partenariat, sans création d'une personne morale. De même, le droit chinois prévoit, à côté des EJV les CJV, qui peut être formée soit comme une société à risque limitée, soit comme une entité sans personnalité morale ; contrairement aux « Equity Joint Ventures » les CJV peuvent distribuer des profits d'un montant indépendant des investissements réalisés par chaque partenaire.

347. Étude comparative : la France face aux Joint-ventures. À l'exception des dispositions du Code de commerce relatives à la concurrence qui intègrent les entreprises communes dans la catégorie des concentrations[666], il n'existe pas en droit français de règles juridiques particulières sur les JV. En effet, le droit français des contrats et des sociétés laisse une grande liberté en la matière, de sorte qu'en pratique les JV françaises se construisent par le biais de sociétés commerciales diverses, en raison de sa souplesse contractuelle d'organisation, et de contrats variés. Ce qui explique pourquoi les JV sont une constitution fréquence dans le commerce international[667].

348. Succès initial des EJV sino-étrangères. Parmi les trois formes de structures d'investissement ouvertes aux étrangers souhaitant investir en Chine, la plus ancienne et la plus utilisée pendant une longue période de l'histoire des investissements étrangers en Chine communiste est l'EJV, cette dernière a été introduite en Chine en 1979 par la Loi sur les EJV. Durant ces dernières années, le nombre de WFOE a dépassé celui d'EJV, et est devenu désormais la structure d'entreprise à participation étrangère la plus utilisée par les investisseurs étrangers en Chine. Ce changement est dû à certains nombres de faits nouveaux intervenus avec l'évolution du régime juridique des investissements étrangers, et les expériences personnelles des investisseurs étrangers en Chine. La création des WFOE a été autorisée en Chine que depuis 1986, avec l'adoption de la Loi sur les WFOE. Au lendemain

[664] Quiquerez (A.), « La croissance économique des actifs Risques et solutions juridiqes dans les joint-ventures pharmaceutiques. L'exemple des structures sino-étrangère », *Revue Lamy droit des affaires*, n°127, 1e juin 2017.
[665] *Ibid*.
[666] C. com., art. L. 430-1.
[667] Quiquerez (A.), *op. cit.*

de l'adoption de ladite loi (entre 1980 et 1990), il était non seulement difficile pour les investisseurs d'obtenir l'approbation nécessaire pour établir une WFOE, mais, une fois établie, la WFOE était soumise à une condition stricte d'exportation minimum de 50 % pour les produits. Ces deux inconvénients n'existent plus aujourd'hui car, l'approbation n'est plus une condition nécessaire, sauf si l'activité est mentionnée dans la Liste négative, et l'exigence d'un quota minimum pour l'exportation a été abandonnée à la fin de l'année 2000, grâce à l'accession de la Chine à l'OMC[668]. De surcroît, il existait une croyance parmi les premiers investisseurs étrangers, qui consistait à dire qu'un associé chinois local était nécessaire pour naviguer au sein du monde des affaires chinois pourvu de spécificités culturelles, politique, économique et juridique. Ainsi, entre 1980 et 1990, il était plus commun pour les investisseurs étrangers d'établir une joint-venture sino-étrangère (surtout une EJV[669]) en Chine qu'une WFOE.

349. Accroissement remarquable des WFOE. Avec le temps et l'expérience, de plus en plus d'investisseurs étrangers préfèrent investir en Chine sans recourir à un associé local. De surcroît, la Chine est se rapproche de plus en plus d'un État de droit, et ses lois deviennent de plus en plus accessibles au grand le public670, offrant ainsi une plus grande lisibilité du droit aux investisseurs étrangers. De plus, grâce à la mondialisation, les investisseurs étrangers ont plus de faciliter à employer des personnels de nationalité chinoise qui ont acquis une expérience antérieure à l'étranger pour diriger les activités de la WFOE, permettant ainsi à l'investisseur étranger de faire fonctionner d'avoir la connaissance des spécificités du monde des affaires chinois, sans pour autant avoir à recourir à un associé local. Enfin, ce déclin peut aussi s'expliquer par les défauts liés au fonctionnement de la joint-venture sino-étrangère, notamment la durée et les dépenses liées aux négociations entre les associés, et la probabilité de voir naître un différend entre les associés durant la vie de la joint-venture sino-étrangère, de sorte que les investisseurs étrangers préfèrent désormais la simplicité des WFOE, et le contrôle direct qu'elles offrent. En effet, même avec beaucoup d'effort de la part des associés, il est difficile d'avoir une joint-venture sino-étrangère qui fonctionne et évolue dans la durée en raison des différences culturelles, les conflits de personnalités et les priorités divergentes des associés d'une joint-venture sino-étrangère.

[668] La Loi sur les WFOE a été modifiée en 2000, et la Chine a accédé à l'OMC en décembre 2001.
[669] Le nombre de CJV a toujours été assez faible pour des raisons que nous discuterions dans les sections ultérieures.
[670] La pratique des règlements interne (*neibu* 内部), souvent utilisée dans les négociations de joint-venture, qui sont des règles impératives mais qui ne peuvent pas être connues des étrangers, a été abolie avec l'accession de la Chine à l'OMC.

Enfin, le contrôle effectif sur la propriété intellectuelle et le savoir-faire exclusif constitue un avantage indéniable des WFOE. Toutes ces raisons citées ci-dessus expliquent la raison pour laquelle la WFOE est devenue la structure d'investissements étrangers préférée des investisseurs étrangers.

Les Tableaux du Ministère du Commerce ci-dessus démontrent en effet qu'en 2016, sur 27 900 projets d'investissements directs étrangers, 21 024 (75,35 %) d'entre eux sont sous forme de WFOE contre 6662 (23,88 %) EJV et seulement 126 (0,45 %) CJV[671]. Alors qu'en 1997, parmi les 24 556 projets d'investissements directs étrangers, 12 628 (51,42 %) étaient des EJV, 9062 (36,90 %) WFOE et 2849 (11,60 %) CJV[672]. Il y a donc eu une augmentation substantielle du nombre de WFOE, corrélée par une baisse considérable des deux formes de joint-ventures sino-étrangères.

Statistics about Utilization of Foreign Investment in China from Jan to Dec. 2016

Published: 2017-02-04 Source: Information by the Foreign Investment Department of the Ministry of Commerce

Unit:US$ 100 million

The Mode of Utilizing Foreign Investment	Approved Foreign Investment This Year Number of Projects			Realized FDI Value		
	This Year	The Same Period Last Year	Change from Previous Year%	This Year	The Same Period Last Year	Change from Previous Year%
Total	27900	26575	4.99	1260	1262.67	-0.21
I.Foreign Direct Investment	27900	26575	4.99	1260	1262.67	-0.21
Equity Joint Venture	6662	5989	11.24	302.04	258.85	16.68
Contractual Joint Venture	126	110	14.55	8.3	18.45	-55.03
Wholly Foreign_Owned Enterprise	21024	20398	3.07	861.26	952.85	-9.61
Share Company with Foreign Investment	86	78	10.26	88.42	32.51	171.99
Joint Exploration	0	0	0	0	0	0
Others	2	0	0	0	0	0
II.Others Foreign Investment	0	0	0	0	0	0
Stock Inssuance	0	0	0	0	0	0
International leasing	0	0	0	0	0	0
Compensation Trade	0	0	0	0	0	0
Processing & Assembling	0	0	0	0	0	0

WWW.FDI.GOV.CN

Utilisation des investissements directs étrangers en Chine de janvier à décembre 2016

[671] Ministère du Commerce, *Statistics about Utilization of Foreign Investment in China from Jan to Dec. 2016*, 4 février 2017, disponible sur http://www.fdi.gov.cn/1800000121_49_4475_0_7.html, consulté le 21 aout 2017.

[672] Ministère du Commerce, *Amount of Utilization of Foreign Capital through Signed Contracts or Agreements and Foreign Investment*, disponible sur http://www.stats.gov.cn/english/statisticaldata/yearlydata/YB1998e/Q141AE.htm, consulté le 21 août 2017.

Unit: USD 10 000

Item	1996		1997	
	Number of Projects	Value	Number of Projects	Value
Total	**24673**	**8160959**	**21138**	**6105798**
Foreign Loans	**117**	**796200**	**137**	**587200**
Government Loans	117	420300	137	75400
Loans from International Financial Organizations		168200		373200
Export Loans		170700		108500
Commercial Loans		18900		30100
External Bonds		18100		
Foreign Direct Investments	**24556**	**7327642**	**21001**	**5100353**
Joint Ventures Enterprises	12628	3187639	9001	2072634
Cooperative Operation Enterprises	2849	1429699	2373	1206610
Foreign Investment Enterprises	9062	2681032	9602	1765817

Utilisation des investissements directs étrangers en Chine des années 1996 et 1997

350. Plan. Les entreprises à participation étrangère partagent de nombreuses caractéristiques communes (A). Cependant, chaque régime juridique a également ses spécificités (B). L'investisseur étranger choisit la forme d'investissement qu'il souhaite selon le secteur d'investissements dans lequel il souhaite effectuer son opération d'investissement, et surtout selon le degré de contrôle qu'il voudrait avoir au sein de l'entreprise (C).

A. Caractéristiques communes des joint-ventures et WFOE

351. Forme juridique. Les joint-ventures sino-étrangères (EJV et CJV, à l'exception des CJV dépourvues de personnalité morale) et les WFOE existent sous deux formes juridiques reconnues par la Loi des sociétés : la société à risque limité et la société par actions[673]. La société à risque limité est la forme juridique habituelle des petites sociétés privées. Elles peuvent avoir 1 à 50 associés[674]. Au début, la loi exigeait que les sociétés à risque limité respectent un montant minimal du capital social, mais cette exigence juridique a récemment été abolie par la révision de la Loi des sociétés le 1er septembre 2013. La société par actions

[673] Les EJV, CJV et WFOE préexistent la Loi des sociétés, et donc la soumission de la forme social des entreprises à participation étrangère à la Loi sur les société du fait de l'article 218 de la Loi des sociétés, qui énonce que "*la présente loi est applicable aux sociétés à risque limité et aux sociétés par action comportant des investissements étrangers sans préjudice des dispositions juridiques spécifiques concernant les investissements étrangers*".
[674] Article 24 de la Loi des sociétés.

était initialement la forme juridique spécifiquement prévue pour les grandes entreprises, ou pour les sociétés qui cherche à s'inscrire à l'une des deux Bourses chinoises à Shanghai et Shenzhen. Pour former une société par actions, la Loi des sociétés énonce que la société doit être « *constituée par deux à deux cents fondateurs dont plus de la moitié ont leur domicile sur le territoire chinois* »[675].

352. Personnalité juridique distincte. Traditionnellement les trois formes d'entreprises à participation étrangère étaient des sociétés à risque limité. Et en tant que telles, les EJV, CJV[676] et WFOE jouissent d'une personnalité juridique propre, et dispose de la capacité juridique de réaliser tout acte juridique qui leur semble nécessaire pour la survie et l'évolution de la société. Ainsi, si une EJV, une CJV ou une WFOE fait faillite, les investisseurs ne sont responsables qu'à la hauteur des capitaux qu'ils ont apportés, alors que l'entreprise à participation étrangère est responsable à la hauteur de ses actifs. Outre, les lois sur les entreprises à participation étrangère (la Loi sur les EJV, la Loi sur les CJV et la Loi sur les WFOE) et leurs règlements d'application, il existe un grand nombre de règlements administratifs et règles départementales qui régissent la constitution et le fonctionnement des entreprises à participation étrangère.

353. Capital social. Pour les entreprises à participation étrangère disposant de la personnalité morale, leurs investisseurs contribuent au capital et obtiennent un pourcentage de participation proportionnellement au montant de contribution réalisée. Les Lois sur les EJV, CJV et WFOE et leurs Règlements d'application respectifs, avec d'autres règlements administratifs, précisent éléments susceptibles d'être apportés par les investisseurs étrangers. En général, les investisseurs peuvent apporter un apport en numéraire, aussi bien qu'un apport en nature, tel qu'un immeuble et un pourcentage de participation, ou un apport en industries, tel qu'un savoir-faire ou une technologie. Si l'investissement au sein d'une EJV se fait sous forme d'apport de bien immobilier, d'équipement ou d'autres matériels, de propriété industrielle ou de savoir-faire, la valeur doit être assermentée par voie de consultation des associés de l'entreprise à participation étrangère, tout en respectant le principe de la justice et de l'équité, ou cette évaluation peut également être faite par une personne tierce ayant reçu l'accord conjoint des associés de l'entreprise à participation étrangère[677]. L'apport en propriété industrielle ou en savoir-faire de l'investisseur étranger

[675] Article 79 de la Loi des sociétés.
[676] Les CJV qui ont une personnalité morale.
[677] Article 22 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV.

doit-il être capable soit d'améliorer considérablement la performance, la qualité des produits existants et d'augmenter la productivité, soit de permettre la réalisation d'une économie remarquable des matières premières, du carburant ou de la consommation électrique[678] ?

354. Organe décisionnel. Les entreprises à participation étrangère ayant une personnalité juridique propre disposent d'un Conseil d'administration qui est l'organe suprême de décision de la société, dont les membres sont nommés par les investisseurs proportionnellement à leur pourcentage de participation[679]. Les décisions du conseil sont prises à la majorité simple, sauf pour les hypothèses prévues par la loi ou par les statuts de la société nécessitant l'unanimité[680]. En effet, les décisions capitales doivent être prises par une résolution du Conseil d'administration, et certaines décisions (la cessation de la joint-venture ou la vente de la totalité ou de la majorité des actifs de l'entreprise) exigent un vote unanime des membres du conseil[681]. Les associés peuvent prévoir dans les statuts de la société que d'autres décisions exigent également un vote unanime du Conseil d'administration. La loi n'exige pas de réunion annuelle des associés, mais les membres du Conseil d'administration doivent se réunir au moins une fois par an[682]. La réforme de 2004 de la Loi des sociétés a ajouté une nouvelle obligation à la charge des WFOE, celle de former un Conseil de surveillance (un surveillant individuel si l'entreprise est de taille modeste) en plus du Conseil d'administration[683]. Les joint-ventures peuvent, bien entendu, être dotées d'un conseil de surveillance, mais il ne s'agit pas d'une obligation[684].

355. Durée de vie. Avant la réforme de 2016, à la différence d'autres États où l'existence de personnalité morale est quasiment perpétuelle[685], les entreprises à participation étrangère qui souhaitaient s'installer en Chine devaient avoir une durée déterminée pour recevoir l'approbation administrative. En effet, la durée devait être mentionnée dans les statuts de la société, inscrite dans la lettre et le certificat d'approbation du Ministère du Commerce. Cette

[678] Article 25 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV.
[679] Par exemple, au sein d'une EJV dont 40% du capital social appartiennent à l'associé minoritaire, et 60% à l'associé majoritaire, le Conseil d'administration sera composé de 5 membre, avec 2 qui sont nommé par l'associé minoritaire, et 3 par l'associé majoritaire.
[680] Artile 33 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV.
[681] Artile 33 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV.
[682] Article 32 du Règlement d'application de la loi sur les EJV, et l'article 28 de la loi sur les CJV.
[683] Article 52 de la Loi des sociétés.
[684] Avis concernant certaines questions sur l'application de la loi pour l'administration de la procédure de contrôle et d'enregistrement des sociétés à participation étrangère (關於外商投資公司審批登記管理法律適用若干問題的執行意見), publié conjointement par l'Administration étatique de l'industrie et du commerce, le Ministère du Commerce, la douce et l'Administration étatique du commerce extérieur.
[685] La durée maximale pour une société est de 99 ans selon la législation française (l'article L210-2 du Code de commerce).

durée était également énoncée dans la licence d'affaires délivrée par l'Administration étatique de l'industrie et du commerce[686]. Pour les entreprises à participation étrangère de production industrielle, la durée était habituellement de 30 à 50 ans, alors que les entreprises à participation étrangère du secteur tertiaire préféraient une durée plus courte. Dans tous les cas, la législation en la matière prévoit une possibilité de renouveler la durée de l'entreprise.

356. Le ratio du capital social par rapport à l'investissement total. Un des éléments que les WFOE partagent avec les joint-ventures sino-étrangères est le respect des dispositions législatives portant sur le ratio du capital social par rapport à l'investissement total[687]. Le montant du capital social d'une entreprise à participation étrangère doit être conforme à l'échelle d'exploitation de l'entreprise, et le ratio du capital social doit respecter les dispositions législatives et réglementaires de la République populaire de Chine[688]. Une entreprise à participation étrangère ne peut pas réduire son capital social avant l'expiration de sa licence d'affaires (de sa durée), sauf si une autorité compétente délivre une approbation exceptionnelle dans des cas particuliers, tels qu'un changement décisif de l'échelle de production[689]. Toute augmentation ou cession du capital social d'une entreprise à participation étrangère est assujettie à une procédure de contrôle et d'approbation de l'autorité administrative compétente, et une fois l'approbation obtenue, le changement doit être transmis à l'Administration de l'industrie et du commerce pour enregistrement[690].

Le Règlement d'application de la Loi sur les WFOE ajoute une exigence particulière : l'article 23 dudit règlement demande que la WFOE obtienne une autorisation préalable de la part du Ministère du Commerce local avant de mettre ses actifs en nantissement ou de transférer ou céder ses droits à une tierce personne. Dans la pratique, les autorités locales

[686] En théorie, une durée illimitée était possible mais, dans la pratique, seules les entreprises à participation étrangère ayant une durée limitée recevait l'approbation administrative nécessaire.

[687] La question de l'applicabilité de cette règle s'est posée à la suite de la révision de 2013 de la Loi des sociétés. Le Ministère du Commerce a répondu à la question dans l'Avis concernant l'amélioration du travail de contrôle et d'approbation des investissements étranger (商務部關於改進外資審核管理工作的通知) le 17 juin 2012, et énonce dans son article 5 que "le ratio du capital social par rapport au montant de l'investissement total doit être conforme au Règlement provisoire concernant le ratio du capital social par rapport au montant de l'investissement total d'une EJV (關於中外合資經營企業註冊資本與總額比例的暫時規定) et aux autres réglementations applicables"

[688] Article 17 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV et l'article 20 du Règlement d'application de la Loi sur les WFOE.

[689] Article 19 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV et l'article 21 du Règlement d'application de la Loi sur les WFOE.

[690] Article 21 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV et l'article 22 du Règlement d'application de la Loi sur les WFOE.

n'appliquent pas cette exigence supplémentaire, et ne délivrent pas d'autorisation pour une telle opération. Ainsi, cette disposition particulière reste lettre morte[691].

357. Cession de parts sociales. Pour les EJV et CJV, chaque partie à la joint-venture sino-étrangère détient un droit péremptoire sur les parts de son associé, c'est-à-dire qu'aucun associé ne peut céder sa participation à une tierce personne sans émettre une offre préalable, à des termes et conditions identiques, à ses associés de la joint-venture[692]. Un investisseur d'une joint-venture détient également un droit de veto sur la cession de parts sociales sur son associé car, une décision unanime du conseil d'administration est nécessaire pour une telle transaction. De surcroît, la transaction doit également recevoir l'autorisation préalable du Ministère du Commerce, ce qui ajoute un autre niveau de complexité à une la cession de parts sociales. Ces exigences rendent ainsi difficile toute sortie d'associé d'une joint-venture sino-étrangère, et laissent place à une une extorsion éventuelle de la part de l'associé restant si les relations d'affaires tournent mal. Ainsi, certains investisseurs essaient d'insérer une clause qui prévoit les conditions pour la cession de parts sociales ou pour la sortie des associés de la joint-venture dans les documents constitutifs de la société, ou dans un contrat *ad hoc*. La validité de cette clause est cependant incertaine et elle n'est opposable qu'entre les parties contractantes, et ne couvre donc pas les cas de refus de à part du ministère du Commerce.

Afin d'éviter les problèmes cités dans le paragraphe précédent, les investisseurs étrangers utilisent souvent une société offshore en tant qu'intermédiaire (souvent établie à Hong Kong, ou dans un des paradis fiscaux) pour faire un investissement offshore en Chine. Ainsi, au lieu d'investir directement dans une joint-venture ou une WFOE chinoise, l'investisseur étranger effectue une structure d'investissement à deux étapes au sein de laquelle il établit une société intermédiaire de portefeuille au sein d'un État choisi avec soin. Puis une fois que la société intermédiaire est établie, cette dernière effectue l'investissement offshore en Chine, et tout paiement est acquitté par cette société offshore. Si l'investisseur étranger décide par la suite de sortir de la joint-venture, la procédure de sortie devient plus simple : il n'a qu'à vendre ses parts de la société de portefeuille offshore sans avoir à obtenir l'autorisation du Ministère du Commerce et de l'associé conformément aux exigences législatives et réglementaires de la République populaire de Chine[693]. En pratique, il est préférable de

[691] Mahony (T.), *op. cit.*, p. 183.
[692] Article 20 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV et l'article 23 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[693] Cependant, dans certaines situations, le Ministère du Commerce peut lever le voile social.

négocier les cessions de parts sociales dans les termes et conditions qui permettraient aux parties de s'enrichir mutuellement, pour éviter toute conséquence négative ultérieure.

B. Les caractéristiques des trois véhicules principaux d'investissement direct étranger

358. Présentation. Il existe traditionnellement trois formes d'entreprises à participation étrangère : les sociétés mixtes de capitaux (Equity joint-venture, ou EJV), les entreprises de coopération (Contractual Joint-Venture, ou CJV), et les entreprises à participation exclusivement étrangère (WFOE), qui sont des entreprises de droit chinois constituées exclusivement par un ou plusieurs investisseurs étrangers. Ces trois véhicules d'investissement ont été les plus couramment utilisés car, ils présentaient jusqu'au milieu des années 1990 l'avantage de la sécurité juridique. En effet, le régime des trois formes d'entreprises d'investissements étrangers était relativement complet comparé aux autres branches de droit, il convient donc désormais de les étudier une par une.

1) Spécificités des EJV

359. Composition. Une EJV est une entreprise qui doit comporter au moins deux associés, dont un investisseur étranger. La participation étrangère doit représenter au minimum 25 % du capital social de l'entreprise[694]. En dessous de ce seuil, l'entreprise est considérée comme une société à capitaux purement chinois. L'EJV étant obligatoirement une Société à risque limité[695], la responsabilité des associés est limitée à leurs apports[696], et le partage des dividendes se fait proportionnellement aux apports effectués[697]. Les dividendes peuvent être librement versés à l'associé étranger après le paiement de l'impôt sur le revenu des entreprises et de la contribution aux divers fonds obligatoires[698].

[694] Article 4¶2 de la Loi sur les EJV.
[695] Article 4¶1 de la Loi sur les EJV.
[696] Article 4¶3 de la Loi sur les EJV.
[697] Article 8 de la Loi sur les EJV.
[698] Article 4¶3 de la Loi sur les EJV.

360. Organe de décision. L'organe suprême de l'EJV est le conseil d'administration, dont le directeur général ou, le cas échéant, le président du conseil assisté du vice-président peut être le représentant légal[699]. La gestion quotidienne de l'entreprise est habituellement confiée à un directeur général qui peut être assisté par un directeur adjoint, mais certains statuts prévoient que les associés chinois et étrangers devraient se répartir cette fonction. Les décisions du conseil sont prises à la majorité simple, sauf pour les hypothèses prévues par la loi qui nécessitent l'unanimité.

361. Durée. Bien qu'aucune limitation de durée ne soit imposée par la loi, l'approbation administrative n'est accordée que pour une durée de 30 ans. Le renouvellement de la durée ne peut avoir lieu qu'avec l'accord conjoint des parties et l'approbation des autorités administratives, et la demande doit être effectuée au moins 6 mois avant l'échéance du terme indiqué dans le document.

2) Spécificités des CJV sans personnalité morale

362. Personnalité morale. La différence principale entre une EJV et une CJV est que cette dernière peut être constituée avec ou sans personnalité morale[700]. La CJV pourvue de personnalité morale est très proche des EJV, ce d'autant plus que la Loi de 1988 a aligné les deux régimes. La CJV sans personnalité morale, qui n'est autre qu'un partenariat fondé sur un contrat, a en pratique disparu, excepté dans certains secteurs (exploitation pétrolière offshore par exemple), eu égard aux difficultés juridiques liées à ce type de structure et au refus habituel d'approbation de la part des autorités chinoises. En raison du rapprochement entre les CJV pourvues de personnalité morale et les EJV, cette section se concentrera sur les caractéristiques des CJV dépourvues de personnalité morale, sauf précision contraire.

363. Composition. Une CJV comporte au moins deux associés, dont un de nationalité étrangère. La participation étrangère doit représenter au minimum 25 % du capital social[701]. Un associé à une CJV est libre de céder sa participation à tout moment, entièrement ou en partie, après avoir recueilli le consentement de l'autre ou des autres investisseurs, puis l'approbation du Ministère du Commerce[702]. Contrairement à l'EJV, le partage des

[699] Article 6 de la Loi sur les EJV. Mais ils peuvent également décider que la fonction du représentant légal soit assuré par une autre personne.
[700] Article 12 de la Loi sur les CJV et l'article Article 4 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[701] Article 18¶3 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[702] Article 23 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.

dividendes au sein des CJV ne se fait pas nécessairement selon la proportion de la participation au capital social et peut être librement fixé par les associés dans les statuts de l'entreprise[703]. Cette structure est souvent utilisée pour contourner les interdictions concernant la création de filiales dans certains secteurs qui ne permettent pas aux étrangers d'investir sans recourir à un associé local. Il est ainsi prévu que la partie chinoise n'apporte que les bâtiments ou les locaux et que l'associé étranger verse à la partie chinoise une somme forfaitaire annuelle équivalant au loyer desdits bâtiments ou locaux[704]. Par ailleurs, il peut être stipulé des versements ou dividendes exceptionnels au profit d'une partie dans la limite du montant de ses investissements initiaux[705].

364. Organisation. Une CJV dépourvue de personnalité morale est dirigée par un Conseil d'administration[706]. La gestion quotidienne est confiée à un directeur général, et éventuellement à un vice-directeur, qui est responsable devant l'organe de direction[707]. De plus, avec l'accord unanime des associés, la gestion quotidienne de la CJV peut également être confiée à une personne extérieure grâce à la conclusion d'un contrat de gestion[708].

365. Responsabilité des partenaires. La responsabilité des parties est encadrée par les dispositions du contrat de la CJV. Si le contrat de CJV indique que l'entreprise dispose de la personnalité morale, les parties ne sont responsables que dans la limite de leurs apports. Au contraire, si l'entreprise n'a pas de personnalité morale, les parties ont une responsabilité illimitée proportionnelle à leurs apports[709]. Les CJV sans personnalité morale doivent faire enregistrer auprès de la AIC les informations portant sur l'investissement de chaque associé et les conditions de la coopération[710], et les associés peuvent également déterminer dans le contrat de joint-venture si l'investissement versé demeure la propriété individuelle de l'associé ayant effectué ledit investissement, ou si l'investissement appartient conjointement aux associés[711]. Peu importe si l'investissement appartient à un seul associé, ou à tous les associés de la CJV sans personnalité morale, la joint-venture doit être mettre sous une gestion

[703] Article 15 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[704] Article 19 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[705] Article 43 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[706] Article 24 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[707] Article 26 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[708] Article 32 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[709] Article 50 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[710] Article 51 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[711] Article 52 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.

unique. Les décisions majeures concernant la CJV doivent être prises par un comité de gestion conjointe, dont les membres sont désignés par les associés de la CJV[712].

366. Comité de gestion conjointe. À la place du Conseil d'administration, les CJV sans personnalité morales ont un Comité de gestion conjointe comme l'autorité décisionnelle ultime de la joint-venture[713]. Ce comité doit être composé par trois membres minimum, et la nomination des membres du Comité est déterminée par les associés de la CJV dans le contrat de joint-venture ou dans[714].

367. Disparition progressive des CJV sans personnalité morale. Les CJV sans personnalité morale sans de plus en plus rares dans le monde des investissements directs étrangers chinois. De surcroît, la Chine dispose désormais d'un Règlement administratif pour l'établissement des entreprises de partenariat en Chine par des entreprises ou des individus de nationalité étrangère qui est en vigueur depuis le 1er mars 2010. Le régime juridique des entreprises de partenariat est beaucoup plus développé et exhaustif que celui des CJV sans personnalité morale, ce qui explique pourquoi l'adoption de la Loi sur les partenariats a entraîné la disparition de la quasi-totalité des CJV dépourvues personnalité morale.

3) Différence du niveau flexibilité structurelle entre les EJV et les CJV

368. Problématiques principales des joint-ventures sino-étrangères. Le marché chinois attire les investisseurs étrangers. Il s'agit de cette crainte de rater une opportunité commerciale qui rend les joint-ventures sino-étrangères aussi populaires. Il faut cependant aussi avoir à l'esprit que tout partenariat crée des risques. C'est notamment le cas la multinationale, Danone[715], qui a vu sa joint-venture Wahaha échouer dans le passé.

Les raisons principales de l'échec de la majorité des joint-ventures sino-étrangères sont les suivantes : (1) la mauvaise gestion du personnel et de l'organisation inadéquate de l'entreprise, ou (2) la croyance erronée des investisseurs étrangers que le modèle chinois de l'entreprise est le même que celui de leur pays d'origine. Par exemple, la majorité des parts d'une joint-venture sino-étrangère ne se traduit pas systématiquement par la détention du

[712] Article 54 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[713] Article 24 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[714] Article 25 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[715] Rousseau (Y.), "Le conflit commercial entre Danone et son grand associé chinois s'enlise", *LesEchos.fr*, disponible sur https://www.lesechos.fr/16/01/2009/LesEchos/20343-089-ECH_le-conflit-commercial-entre-danone-et-son-grand-associe-chinois-s-enlise.htm, consulté le 18 juin 2015.

pouvoir de contrôle car, les associés chinois permettent souvent aux investisseurs étrangers de détenir 51 % du capital social de la joint-venture sino-étrangère en échange du pouvoir de nomination du président, ce qui enlève tout pouvoir effectif de contrôle à l'investisseur étranger. Puis il y a des cas d'échec liés au sentiment de trahison ressenti par des investisseurs étrangers envers son associé local chinois, mais les détails de ces cas sont souvent flous et incertains, et les associés prétendent tous deux être lésés par leur associé, de sorte qu'il est difficile de déterminer la vérité. Cependant, le droit chinois protège mieux les investissements étrangers qu'auparavant et il existe de nombreux exemples de Joint-venture qui ont bien réussi.

369. Rigidité structurelle des EJV. De manière générale, les EJV et les CJV pourvues de personnalité juridique sont deux formes juridiques d'entreprise fortement similaires. La divergence principale réside dans la différence de degré de flexibilité et de rigidité des deux structures. La création d'une JV sous forme d'une personne morale présente de multiples avantages pour les projets d'envergure et ayant vocation à durer. En effet, la société de JV peut comprendre un organe de direction, employer du personnel et protéger les partenaires des risques économiques si elle est une société à risque limité, se financer par l'emprunt bancaire ou être traitée comme un contribuable si elle est fiscalement opaque.

Lorsqu'un investisseur étranger et un associé chinois établissent une EJV, certaines informations doivent obligatoirement être mentionnées dans documents constitutifs de la société, tel est le cas du montant total d'investissement de chaque associé. Pour une EJV, la part en pourcentage du capital social est un facteur déterminant pour le partage des dividendes et la répartition des pertes de l'entreprise. Par exemple, si l'associé étranger détient 60 % des parts de la société, alors il recevra 60 % des dividendes après impôt si la société en réalise, et 60 % des pertes (à la hauteur du montant de sa participation) si la société fonctionne à perte. Ainsi, si le Conseil d'administration de l'EJV est composé de cinq membres, celui qui détient 60 % des parts de la société aura le droit d'en nominer trois.

370. Souplesse des CJV : exemple de la possibilité du recouvrement prioritaire de l'investissement initial par l'investisseur étranger. La CJV offre une plus grande flexibilité aux investisseurs étrangers concernant la détermination du partage des dividendes de la société. Cette flexibilité est la raison principale pour laquelle les investisseurs choisissent cette forme juridique pour certains types projets d'investissement qui sont à forte intensité de capital, tel que la construction de centrales, de route à péage ou d'usine de traitement des eaux. Ce sont des projets qui demandent un investissement initial en capital élevé, et qui génèrent un flux de revenu stable et prévisible tout au long de la durée du projet.

Ainsi, les associés d'une CJV qui construisent et exploitent une centrale peuvent prévoir que l'associé étranger ait le droit de se faire rembourser du montant de son investissement initial en priorité, puis une fois que le remboursement total a été effectué, de recevoir 50 % des dividendes (ou autre pourcentage convenu entre les parties) conformément aux termes des statuts de la société. Si cette option est choisie par les parties, l'associé chinois aura le droit de recevoir l'actif net de la société à l'expiration des termes de l'opération d'investissement[716]. Lorsque cette forme d'arrangement est convenue entre les associés, la CJV devient une structure de Build-operate-transfert[717] dans laquelle l'investisseur étranger dispose du droit de se faire rembourser en priorité de l'investissement en capital initialement versé, mais, n'a pas d'intérêt particulier au développement à long terme de l'entreprise. Ainsi, les CJV ne constituent pas une forme propice pour les entreprises qui ont l'intention de croître dans le temps, mais, plutôt pour les opérations de durée relativement courte et qui exige un coût initial de construction élevé.

L'interprétation du Règlement d'application de la Loi sur les CJV précise également que l'associé étranger peut récupérer son investissement initial durant la vie de l'opération d'investissement par la souscription des parts du fonds d'amortissement des actifs immobilisés de la joint-venture, qui est assujettie aux contrôle et approbation des autorités de finances et des impôts[718]. Lorsque l'investisseur étranger prélève les actifs immobilisés du fonds d'amortissement de la CJV, il doit fournir une lettre de garantie pour la somme équivalente délivrée par une banque ou une institution financière établie en Chine assurant la capacité de l'investisseur de rembourser cette dette[719].

371. Contrepartie du recouvrement prioritaire de l'investisseur étranger. La contrepartie du remboursement prioritaire des investisseurs étrangers est que l'associé chinois reçoit gratuitement la totalité de la valeur de liquidation à la dissolution de la société. Le Règlement d'application de la Loi sur les CJV énonce que « *si les associés étrangers et chinois conviennent dans le contrat de CJV qu'à l'expiration de la durée de l'entreprise, tous les actifs fixes de la CJV reviennent aux associés chinois sans compensation ou paiement supplémentaire, l'associé étranger bénéficier du recouvrement prioritaire de son investissement initial pendant la durée de l'opération* »[720]. Conformément aux

[716] Article 44 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[717] "Construire, Exploiter et Transférer"
[718] Article 3(4) du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[719] *ibid.*
[720] Article 44 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.

réglementations applicables en la matière[721], les associés peuvent prévoir les dispositions suivantes dans le contrat de joint-venture : (1) augmenter le pourcentage de distribution des dividendes pour l'associé étranger pour qu'il soit effectué en conformité avec la proportion d'investissement initial ou avec les termes du contrat de joint-venture ; (2) permettre à l'associé étranger de recouvrir son investissement initial avant le paiement de l'impôt sur le revenu par la CJV si les autorités administratives de finances et des impôts donnent leur approbation après une procédure de contrôle. Dans tous les cas de figure, la répartition des pertes se fait selon les termes du contrat de joint-venture, ou conformément aux dispositions législatives ou réglementaires applicables en la matière.

Selon l'Interprétation du Règlement d'application de la Loi sur les CJV du Ministère du Commerce, les actifs fixes de la CJV qui reviennent aux associés chinois au terme de l'opération d'investissement sont « *la portion des actifs fixes restant de la CJV à la suite de la procédure de liquidation des actifs, des créances et des dettes de la CJV conformément à l'article 24 de la Loi sur les EJV* »[722]. C'est-à-dire que les actifs qui reviennent finalement aux associés chinois sont nets, après épurement du passif.

372. Procédure de recouvrement prioritaire de l'investissement initial. Conformément à l'Interprétation du Règlement d'application de la Loi sur les CJV, si les associés stipulent dans le contrat de joint-venture que l'associé étranger adopte la méthode décrite dans l'article 44 § 1 (3) du Règlement d'application de la Loi sur les CJV, l'associé chinois doit alors introduire une demande auprès du département de finance du gouvernement local et soumettre une lettre de garantie. Une fois l'approbation du département compétent obtenu à la suite d'une procédure du contrôle et de vérification, la partie chinoise doit ensuite en signaler à l'autorité administrative de contrôle et d'approbation[723]. Si, durant le déroulement de l'opération de la CJV, l'associé étranger souhaite récupérer son investissement selon la méthode de l'article 44 ¶ 1 (3) du Règlement d'application de la Loi sur les CJV, la CJV doit alors faire une demande autre de l'autorité de contrôle et d'approbation compétente et fournir une lettre de garantie. L'autorité de contrôle et d'approbation, en conjonction avec le département de finance et des impôts, examinera et approuvera (ou refusera) la demande dans un délai de soixante jours à compter de la réception des documents nécessaires[724]. Si

[721] Article 3(1), 3(2) et 3(3) de l'Interprétation de l'application de certaines dispositions du Règlement d'application de la Loi sur les CJV, publiée par le Ministère du Commerce le 22 octobre 1996.
[722] Article 3(3), *Ibid.*
[723] Article 7 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.
[724] Article 3¶5 de l'Interprétation de l'application de certaines dispositions du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.

les associés de la CJV souhaitaient accélérer l'amortissement de ses actifs immobilisés pour que l'associé étranger puisse récupérer son investissement initial plus tôt, en plus des dispositions citées précédemment, l'entreprise doit également obtenir une approbation préalable de la part de l'Administration étatique des impôts[725].

4) Caractéristiques des entreprises à participation exclusivement étrangère (WFOE)

373. Succès des WFOE. Les WFOE ont été initialement introduire par la Loi sur les WFOE en 1986[726], c'est-à-dire sept ans après la création des EJV. Cependant, malgré son introduction tardive en Chine, la WFOE est devenue la forme d'entreprises à participation étrangère préférée des investisseurs étrangers du XXIe siècle. Alors que l'obtention d'approbation par les WFOE s'avérait être difficile au début de leur existence à la fin des années 1980 et au début des années 1990, les WFOE sont devenues la forme d'entreprises à participation étrangère la plus simple à constituer, sauf lorsque le secteur d'industries est fermé aux WFOE selon le Catalogue d'orientation[727]. Le facteur principal du succès des WFOE est l'absence de l'associé chinois, et donc l'absence d'une procédure longue et difficile de négociations, contrairement à la constitution d'une joint-venture. De surcroît, les investisseurs étrangers disposent de plus en plus d'une connaissance approfondie de la pratique chinoise des affaires, rendant inutile l'accompagnement nécessaire d'un associé local. Enfin, cette forme d'entreprises à participation étrangère assure un contrôle total de l'investisseur étranger sur l'entreprise, non seulement sur les décisions majeures concernant l'entreprise à participation étrangère, mais, également de la technologie éventuellement transférée.

374. Raison du succès : Absence d'associé chinois. Tout comme les EJV et les CJV pourvues de personnalité morale, les WFOE sont des sociétés privées à responsabilité limitée établies conformément à la législation et à la réglementation en vigueur en Chine[728]. Une WFOE peut être établie par un seul investisseur étranger, ou plusieurs investisseurs étrangers. Dans ce dernier cas, même s'il s'agit réellement d'une joint-venture entièrement étrangère, le terme WFOE doit être utilisé pour une telle structure car, le terme joint-venture

[725] Article 3¶7 *ibid.*
[726] Adoptée le 12 avril 1986 lors de la 4e réunion du de la 6e Assemblée nationale populaire , puis modifiée le 31 octobre 2000, puis plus récemment en octobre 2016.
[727] Voir le développement précédent sur le Catalogue d'orientation.
[728] Article 2 de la Loi sur les WFOE.

désigne communément les joint-ventures sino-étrangères en Chine. En raison de l'absence d'associé chinois au sein d'une WFOE, la constitution d'une telle entreprise à participation étrangère ne nécessite ni une phase de négociation ni la conclusion d'un contrat de joint-venture.

375. Composition. Contrairement aux législations et réglementations portant sur les EJV et CJV, la Loi sur les WFOE et son règlement d'application ne prévoient pas une structure spécifique de gouvernance de la société qu'une WFOE doit adopter. Ainsi, face à cette carence de la Loi sur les WFOE, la Loi des sociétés s'applique conformément à l'adage *Generalia specialibus non derogant.* Conformément à la Loi des sociétés, une société à responsabilité contenant un nombre relativement peu d'associés (la majorité des WFOE n'ont qu'un ou deux associés) peut avoir un directeur général au lieu d'un Conseil d'administration[729] et ce directeur général peut également avoir le rôle du représentant légal de la société[730]. Les pouvoirs du directeur général sont précisés dans les statuts de la société, mais, en général, il est responsable de la gestion quotidienne de la WFOE et de surveiller les activités de l'entreprise. Une WFOE doit également avoir un Conseil de surveillance, ou un ou deux surveillants si la WFOE est de petite taille[731]. Ainsi, les WFOE doivent être composées d'une assemblée des investisseurs, d'un conseil d'administration, d'un directeur général et d'un conseil de surveillance.

376. Assemblée des associés. Assemblée des associés détient le pouvoir décisionnel en matière d'acquisition, de fusion et de restructuration, de nommer ou révoquer les membres du conseil d'administration et de surveillance, de fixer la rémunération des dirigeants, d'examiner et approuver les plans de distribution et de dividendes et de compensation des pertes de la WFOE, d'examiner et approuver les budgets manuels et les comptes de la WFOE, d'examiner et approuver l'allocation et l'utilisation des fonds réglementaires de la WFOE, de prendre des décisions d'augmentation, de réduction ou de cession de parts sociales, de modifier les statuts de la WFOE, de décider de la prorogation de la durée de la WFOE, et de dissoudre la WFOE.

377. Conseil d'administration. Le conseil d'administration met en place les résolutions de l'assemblée des investisseurs à laquelle il rend des comptes, formule les projets relatifs aux modifications du capital social, et à la cession de parts sociales, propose des projets relatifs aux acquisitions, fusions avec d'autres organisations et restructurations, et conceptualise des

[729] Article 51 de la Loi des sociétés.
[730] Article 51 de la Loi des sociétés.
[731] Article 52 de la Loi des sociétés.

projets relatifs à la liquidation et à la dissolution de la WFOE, formule et modifie le budget, le rapport annuel, les plans d'activité et les politiques de la WFOE, décide de la nomination, la rémunération et la révocation du directeur général et des autres cadres supérieurs, modifie et approuve l'organigramme et les règlements intérieurs de la WFOE, adopte, modifie et résilie les conventions collectives et les plans de répartition des salariés, et prend des décisions portant sur d'autres questions essentielles prévues par les statuts. Il n'existe aucune condition de majorité pour la prise de décision, les décisions du conseil sont prises selon les règles fixées par les statuts de l'entreprise.

378. Conseil de surveillance. Le conseil de surveillance est une nouvelle exigence de la réforme de 2006. En principe, il doit être composé d'au moins 3 membres. Cependant, lorsque les investisseurs sont peu nombreux, il est possible de ne prévoir qu'un seul ou deux surveillants. Le conseil de surveillance est composé de représentants des associés et des employés pour au moins un tiers d'entre eux. Le président du conseil doit être élu par au moins la moitié des membres du conseil de surveillance. Il lui appartient de convoquer et de présider les réunions du conseil. Les directeurs et administrateurs ne peuvent pas simultanément être élus membres du conseil. Les membres sont désignés pour 3 ans renouvelables. Le conseil a le pouvoir d'examiner les comptes de la société, de surveiller les actes des membres du conseil d'administration et des directeurs dans leurs fonctions et de proposer leur révocation en cas d'illégalité de leurs actes, de demander aux membres du conseil d'administration et des directeurs de corriger leurs actes s'ils ont lésé l'intérêt social de la société, de proposer la convention de l'assemblée des associés, de présenter des propositions à l'assemblée des associés, et d'engager en justice la responsabilité des membres du conseil d'administration et des directeurs pour le compte de la société. Les membres du conseil de surveillance peuvent être présents aux réunions du conseil d'administration, mais n'ont pas le droit de vote. Ils peuvent, au nom de la société, engager les services d'un cabinet d'expertise comptable lorsqu'ils considèrent que la situation financière de la société est anormale. Il doit se réunir au moins une fois par an. Un seul de ses membres peut convoquer la réunion. Les méthodes de délibération et de vote sont stipulées dans les statuts de la société. Chaque résolution doit être décidée par plus de la moitié des membres. Les membres sont soumis à une obligation de loyauté envers les investisseurs de l'entreprise. Leur responsabilité peut être engagée en cas de faute ou de manquement dans l'exercice de leur pouvoir. C'est aux associés qu'il appartient d'adresser une demande écrite au conseil d'administration afin que ce dernier saisisse les tribunaux

pour condamner le cas échéant un membre du conseil de surveillance au paiement de dommages-intérêts.

379. Représentant légal. Le représentant légal, à savoir le président du conseil d'administration ou le directeur général, est responsable vis-à-vis de l'entreprise dans l'exercice de ses pouvoirs, conformément aux dispositions des statuts. Le capital social ne peut être réduit, sauf dans des circonstances exceptionnelles et après accord des autorités administratives compétentes. L'augmentation ou la cession du capital social nécessité l'approbation des autorités administratives compétentes (ministère du Commerce) et un enregistrement auprès de l'administration de l'industrie et du commerce compétente (AIC).

380. Répartition des bénéfices et des pertes. Concernant la distribution des dividendes, pour les bénéfices après impôts, la WFOE doit affecter à un fonds d'amortissement obligatoire une portion minimale de 10 % jusqu'à ce que ce fonds ait atteint 50 % du montant du capital social. La WFOE peut également librement se doter d'un fonds d'aide sociale ou attribuer un fonds de bonification pour les employés. Il est interdit de distribuer des dividendes tant que les pertes réalisées antérieurement n'ont pas été comblées. Lors de la première distribution de dividendes, l'intégralité des profits non affectés ou distribués au cours des années précédentes doit être distribuée. Selon l'article 26.3 de la loi sur l'impôt sur les sociétés, l'investisseur étranger peut librement rapatrier à l'étranger les dividendes, et ce sans être assujetti à une imposition en Chine. Ce versement de dividendes par une WFOE obéit cependant à un certain formalisme spécifique.

381. Libéralisation progressive des conditions constitutives. Actuellement, le principe est la liberté d'établissement dans les domaines visés dans le Catalogue d'orientation. Les critères exigés par le passé qui portaient sur l'utilisation par la société d'une technologie avancée ou sur une part d'exportation supérieure à 50 % du total de la production annuelle sont d'abord tombés en désuétude en raison de l'application laxiste des textes par des autorités locales désireuses d'attirer les investissements étrangers, puis ont été abrogés par les réformes ultérieures.

382. Baisse, puis suppression du capital social minimum. La popularité des WFOE a également été augmentée de façon drastique chez les petits investisseurs étrangers avec la révision de 2008 de la Loi des sociétés, qui a réduit le capital social minimum des sociétés à risque limité à 30 000 renminbis ou 10 000 renminbis pour les sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée, ce qui est le cas des investisseurs étrangers unique souhaitant investir seul en Chine. Cependant, malgré cette révision de 2008, les autorités d'enregistrement de différentes localités prévoyaient un capital social minimal plus élevé selon la nature des

activités prévues, ce capital social minimal peut varier entre 100 000 et 500 000 renminbis pour les WFOE qui font du conseil ou qui sont dans le secteur du service, et plus 1 000 000 renminbis si le projet d'investissement vise le secteur de la production. Plus généralement plus la zone géographique est économiquement développée, plus le montant du capital social minimal exigé par les autorités locales sera élevé[732]. Il est à noter que la dernière révision de la Loi des sociétés, en vigueur depuis le 1er mars 2004, a aboli aussi bien la condition de capital social minimal pour les sociétés à risque limité que le principe de « *versement initial du capital* », mais a maintenu l'exigence du « *capital social* » et du « *montant total d'investissement* » des entreprises à participation étrangère [733]. Par conséquent, il n'existe plus d'exigence ni d'examen sur le capital enregistré, sur le calendrier de l'apport en capital ou de l'obligation de procéder à la vérification du capital. Cette annulation s'applique non seulement aux sociétés à capitaux étrangers, mais aussi à toutes les entreprises à capitaux purement chinois.

Cependant, en raison des exceptions prévues par la loi, ou de la pratique locale des autorités d'enregistrement compétentes, la condition portant sur le capital social minimum subsiste même si la réforme de 2014 a supprimé une telle exigence.

383. Accroissement constant du nombre de WFOE. Malgré la pratique *contra legem* du capital social minimal exigé par les autorités locales, ce minimum est déjà relativement bas, et la facilité avec laquelle les WFOE peuvent désormais s'établir dans différents secteurs d'industrie rend cette forme d'entreprises à participation étrangère très attractive pour un grand nombre d'investisseurs étrangers. Il est prévu que cette tendance des investisseurs étrangers de choisir la forme WFOE au détriment des joint-ventures va continuer et accélérer dans les années qui suivent.

C. Détermination du pouvoir de contrôle d'une entreprise à participation étrangère

384. Présentation. Pour les investisseurs étrangers qui mettent leur capital à risque dans une joint-venture sino-étrangère, le souci principal porte sur la détermination du contrôle de l'entreprise[734]. En effet, dans les années récentes, les multinationales recourent aux joint-

[732] Mahony (T.), *op. cit.*, pp. 202-203.
[733] Ceci respecte la finalité initiale des investissements étrangers, qui est de faire rentrer des capitaux étrangers en Chine.
[734] Rich (F. C.), *op. cit.,* p. 198.

ventures internationales comme une stratégie d'investissement pour percer différends marchés nationaux car, il s'agit d'une structure qui pourrait faire face à l'augmentation du niveau de concurrence dans les économies mondiales. Cependant, en dépit de leur importance croissante, les joint-ventures rencontrent des difficultés portant sur la gestion de l'entité par ses associés, et sur le choc culturel entre les associés de nationalités différentes et entre l'État d'accueil et l'État d'origine des investissements qui nuisent à la performance des joint-ventures[735]. Ainsi la détermination et la répartition du pouvoir de contrôle sont primordiales pour le succès d'une joint-venture. Ceci est d'autant plus vrai dans une joint-venture sino-étrangère car, non seulement le droit chinois ne détermine pas la gestion et la distribution du pouvoir de contrôle, mais cette difficulté est exacerbée en raison du fait que les associés soient issus de cultures complètement opposées (une Chinoise et une étrangère), en raison de la spécificité de la culture chinoise riche et imprégnée profondément dans la personnalité des individus de nationalité chinoise.

385. Influence du gouvernement. D'abord, concernant le contrôle de l'État chinois. En raison du contrôle élargi du gouvernement sur le fonctionnement du marché, les joint-ventures sino-étrangères sont fortement affectées par les politiques gouvernementales. De plus, les entreprises publiques jouent un rôle décisif dans l'économie chinoise. Ainsi, malgré le développement du secteur privé et l'émergence du libre marché, les entreprises publiques tiennent une place dominante, et constituent les partenaires commerciaux principaux des investisseurs étrangers[736]. Le gouvernement peut donc impacter, voire directement contrôler, les décisions de la joint-venture sino-étrangère. Ceci dit, l'exercice du pouvoir de contrôle par les associés joue un rôle crucial dans le succès ou l'échec d'une joint-venture sino-étrangère. Il est non seulement impossible d'effectuer une division à 50 % du pouvoir de contrôle entre l'investisseur étranger et son associé local, mais il est également inopportun de rechercher aveuglément cette division du pouvoir.

386. Définition. Le pouvoir de contrôle est le processus selon lequel les intérêts d'une société mère sont protégés. Il se réfère à une procédure par laquelle une partie influe le comportement et la capacité de production d'une autre partie par l'exercice d'un pouvoir particulier ou d'autres mécanismes informels, bureaucratiques ou culturels[737]. Ce contrôle permet à un associé d'inciter la joint-venture sino-étrangère à agir dans un sens précis dans

[735] Lewis (J. D.), *Partnership for profit: structuring and managing strategic alliances*, New York, Free press, 1990, p. 23.
[736] Calantone (R. J.) et Zhao (Y. S.), "Joint Ventures in China: a comparative Study of Japanese, Korean, and US Partners", *Journal of International Marketing*, Vol. 9, n°1, 2001, pp. 1-23.
[737] Ding (D. Z.), *op. cit.*, p. 32.

le but d'atteindre les objectifs déterminés préalablement par la partie détenant ce pouvoir de contrôle. Cette notion constitue l'une des problématiques principales des recherches portant sur la joint-venture sino-étrangère car, toutes les joint-ventures sino-étrangères sont formées par deux associés ayant des objectifs différents. Les associés sont initialement indépendants, et s'associent sous forme de joint-venture sino-étrangère dans l'espérance de pouvoir tirer un profit plus conséquent. Il s'agit donc d'une opération qui est fondée sur un simple opportunisme qui pourrait mettre en danger l'existence de la joint-venture sino-étrangère en cas d'absence de confiance entre les partenaires. Cette alliance stratégique, et souvent problématique, accentue ainsi l'importance de la rédaction du contrat qui lie les deux parties. Cette pensée sur la nécessité et la qualité du contrat doit cependant parfois être nuancée concernant la Chine en raison de l'importance de la politique dans le milieu économique qui limite de la liberté contractuelle des associés.

387. Répartition du pouvoir de contrôle entre les associés d'une joint-venture. La répartition du pouvoir de contrôle entre l'investisseur étranger et son associé local dépend de nombreux facteurs. Outre la recherche de la performance de la joint-venture[738], un des facteurs principaux que l'investisseur étranger doit prendre en compte est sa propre motivation principale : que recherche-t-il dans l'établissement d'une joint-venture sino-étrangère en Chine ? S'agit-il de rechercher le plus grand profit économique possible ? De s'établir en tant qu'acteur économique principale dans un marché particulier en Chine ? Ou d'apprendre à devenir autonome grâce aux expériences et connaissances de son associé local ?

388. Recherche de profit économique : abandon du pouvoir de contrôle. Si la motivation principale de l'investisseur étranger est de faire le plus de profit économique possible, son objectif premier devrait alors être la réduction des pertes et des coûts de production en utilisant intelligemment les ressources de son associé et en évitant légalement les restrictions imposées par le Gouvernement. Dans ce schéma, l'investisseur étranger a tendance à compter sur son associé local pour déchiffrer les mesures et tendances politiques venant du Gouvernement central et des autorités locales qui ont un rôle essentiel dans la vie d'une joint-venture sino-étrangère. De plus, les associés locaux sont mieux à même de connaître l'économie locale, la tradition politique, culturelle et commerciale locale, la demande des

[738] Voir les études en Commerce international et en Stratégie : Beamish (P. W.), *Joint venture performance in developing countries*, Thèse, University of Western Ontario, 1984; Chua (B.-L.), "*Managing joint ventures in china: a cross cultural approach to motivation and quality*", *International Journal of Management,* vol. 10, n°3, 1993, pp. 294-299.

consommateurs, et d'autres facteurs nécessaires pour une survie paisible de la joint-venture sino-étrangère. Conformément à ce schéma, il serait plus opportun que l'investisseur exerce le moins de contrôle possible sur la joint-venture sino-étrangère car, les ressources dont il a besoin sont détenues principalement par son associé chinois.

389. Établissement de sa place sur le marché. Si la compétitivité constitue l'axe central de l'investisseur étranger, son but principal serait de réduire le pouvoir de ses concurrents sur le marché visé. L'entreprise étrangère est en compétition avec d'autres entreprises étrangères au sein du marché chinois, et par le biais de la création d'une joint-venture sino-étrangère avec un associé chinois, elle peut empêcher l'arrivée d'autres concurrents locaux sur le même marché. Dans ce cadre-là, l'investisseur étranger devrait exercer son pouvoir de contrôle sur la vie quotidienne de la joint-venture sino-étrangère car, d'établissement de sa place sur le marché est lié aux expériences managériales, à la méthode de production et à la gestion du personnel de la joint-venture sino-étrangère, des connaissances et savoir-faire apportés, pour la plupart du temps, par l'investisseur étranger.

390. Devenir autonomie en Chine. Si l'aspiration de l'investisseur étranger est d'apprendre à opérer de façon autonome en Chine, le cible de l'investisseur étranger serait d'acquérir des connaissances particulières du marché chinois et des ressources de la Chine. Pour de nombreux investisseurs étrangers, il s'agit d'une première expérience d'investissement en Chine. Ainsi, les connaissances sur le pays se trouvent principalement dans les mains de l'associé chinois. Dans ce cas-là, l'investisseur étranger n'a aucun intérêt à exercer un pouvoir de contrôle poussé dans la vie de la joint-venture sino-étrangère, du moins pendant quelques années après son établissement. Cependant, plus ce besoin d'apprentissage diminue, c'est-à-dire plus l'investisseur est à l'aise avec le marché chinois, plus il devrait regagner le contrôle de la joint-venture sino-étrangère.

IV. Récapitulatif des éléments essentiels des entreprises à participation étrangère

	EJV	**CJV**	**WFOE**

Autorité décisionnelle suprême	Conseil d'administration	Conseil d'administration ou Comité de gestion conjointe	Conseil d'administration ou directeur général
Forme juridique	Société à risque limité	Société à risque limité ou opération dépourvue de personnalité juridique	Société à risque limité
Représentant légal	Président du Conseil d'administration	Président du Conseil d'administration ou Comité de gestion conjointe	« La personne responsable » selon les statuts de la société
Associé local chinois	Oui	Oui	Non
Mandat des dirigeants	4 ans	3 ans maximum	3 ans maximum
Contrat de JV	Oui	Oui	Non
Statuts de la société	Oui	Oui	Oui
Conseil de surveillance	Optionnel (mais oui dans la pratique)	Optionnel (mais oui dans la pratique)	Oui (ou un surveillant unique)
Apport en capital social	Apport en numéraire, apport en nature, apport en industrie	Apport en numéraire, apport en nature, apport en industrie, les « conditions de la coopération »	Apport en numéraire, apport en nature, apport en industrie
Retour rapide des investissements	Oui	Oui	Oui
Répartition flexible des dividendes	Non	Oui	Non

Décisions nécessitant l'unanimité du Conseil d'administration	1.Modification des statuts de la joint-venture 2.Augmentation ou réduction du capital social de la joint-venture 3.Dissolution de la joint-venture 4.Fusion ou scission de la joint-venture	1.Modification des statuts de la joint-venture 2.Augmentation ou réduction du capital social de la joint-venture 3.Dissolution de la joint-venture 4.Mise en hypothèque des actifs de la joint-venture 5.Fusion, scission ou changement de la structure de la joint-venture 6.Décision de confier la gestion de la CJV à une tierce personne.	Conformément à la Loi des sociétés.
Droit de préemption sur la cession des parts	Oui	Oui	Pas de disposition en la matière
Gestion à une tierce personne	Non	Oui	Non
Approbation pour hypothéquer les actifs	Non	Non	Oui
Exigence des « trois fonds »	1.Fonds de réserve 2.Fonds de pension et de primes des employés 3.Fonds de développement	Pas de disposition spécifique en la matière.	1.Fonds de réserve contenant au moins 10 % de bénéfices et plafonnés à 50 % du capital social 2.Fonds de pension et de prime des employés

SECTION 2. LITIGES PRINCIPAUX AFFERENTS AUX ENTREPRISES A PARTICIPATION ETRANGERE

391. Tendance récente. Les litiges afférents aux investissements étrangers comprennent non seulement ceux qui concernent les sociétés de droit commun, mais, aussi ceux qui portent uniquement sur les EJV, les CJV ou Les WFOE. En effet, étant des sociétés à risque limité, les entreprises à participation étrangère[739] sont régies non seulement par leur propre régime spécifique, mais elles sont également soumises au même cadre légal que les sociétés à capitaux entièrement chinois. Pour cette raison, elles rencontrent parfois les mêmes difficultés de celles des sociétés de droit commun[740].

En 2004, la Cour populaire suprême a publié un texte expliquant la tendance des litiges afférents aux entreprises à participation étrangère, dans lequel elle souligne les éléments suivants : (1) le nombre de litiges concernant les CJV et les EJV dépassent celui des WFOE car, les entreprises à grande envergure (majoritairement les WFOE) ayant une grande notoriété en raison de l'ancienneté de l'organisation interne et des statuts ont moins de litiges que les petites entreprises (CJV et EJV) ; (2) le nombre de litiges est plus élevé lorsque le territoire est économiquement développé, attirant plus d'investissements étrangers ; (3) concernant le contenu des litiges, la plupart portent sur la libération du capital social, la reconnaissance de la qualité d'associé, la cession de parts sociales, les droits des associés, la liquidation, etc. ; 4) concernant les modes de règlement des différends, la majorité passe par l'arbitrage si la clause compromissoire est valable. De nombreuses autorités locales ont créé des Centres de règlement des différends relatifs aux entreprises à participation étrangère qui examinent un nombre considérable de dossiers, et résolvent les litiges par voie de conciliation. Le reste des cas sont résolus par voie judiciaire.

392. Aperçu des litiges principaux relatifs aux entreprises à participation étrangère. Selon les statistiques du premier tribunal intermédiaire populaire de la municipalité de Shanghai (上海市第一中級人民法院), effectuées entre 2001 et 2004, 31 % des litiges portaient

[739] Exceptées les CJV sans personnalité morale.

[740] 張風祥，*中外合資企業：公司法糾紛難點與審判分析 (Issues on the Chinese-foreign Equity Joint Ventures Disputes and the Relevant Judicial Analyzing)*, 法律出版社, p. 25.

sur la libération du capital social, 15 % sur le contrat de joint-venture, 11 % sur les dommages causés aux droits des sociétés. Parmi les litiges concernant la libération du capital social, les associés porte-noms constituaient la majorité des litiges, ce qui démontre le manque de connaissance du droit des investissements chinois de la part des investisseurs étrangers, ou la peur de ces derniers de rencontrer des difficultés en Chine. Étant donné que le droit chinois des investissements directs étrangers n'est pas un droit accessible et clair, une fois que le litige apparaît, il est difficile de le résoudre rapidement.

Le second tribunal intermédiaire populaire de la municipalité de Shanghai (上海市第二中級人民法院) a souligné une nouvelle tendance pour la période de 2001-2004. Outre les litiges concernant sur les contrats de joint-venture, surviennent également de nouveaux types de litiges portant notamment sur les bénéfices des sociétés, le partage des dividendes, le droit d'information des associés, la convocation des associés aux AG, et le dommage subi par la société en raison des actes des dirigeants sociaux. En effet, entre 2001 et 2004, 45 % des litiges des sociétés à capital étranger ont porté sur la libération des apports. Depuis l'adhésion de la Chine à l'OMC, de nombreuses PME à capitaux étrangers sont venues investir en Chine. Cependant, en raison du manque connaissance de la législation de la part de ces PME, les différends se sont multipliés, accroissant le nombre de dossiers soumis devant les juridictions chinoises. De surcroît, en raison des lacunes juridique notamment en matière des investissements étrangers, la résolution des litiges s'avère être difficile.

En 2006, le tribunal de Pudong-Shin de la ville de Shanghai a remarqué une augmentation du nombre d'affaires concernant l'exercice des droits des associés. Quelques points ont été soulignés : (1) les assignations proviennent majoritairement des associés étrangers. N'étant pas sur place, ces associés étrangers ne connaissent pas la situation réelle de l'entreprise ; (2) les associés étrangers ne comprennent pas le fonctionnement interne et l'organisation de l'entreprise ; (3) la nouveauté de cette catégorie de litiges qui se subdivise en plusieurs demandes différentes : faire annuler une décision du conseil de l'administration, dissoudre l'entreprise, acquérir les parts des associés cachés, faire annuler des contrats signés sans l'accord du conseil administratif, la volonté des associés d'être informée. Entre 2005 et 2007, le tribunal de Shanghai a remarqué 3 demandes principales:

(1) Les conflits entre associés : l'investisseur étranger acquiert des parts sociales de façon anonyme par le biais d'une personne de nationalité chinoise. L'investisseur de fait assigne l'investisseur de droit qui est censé agir pour son compte afin de confirmer ses droits en tant qu'associé.

(2) Le droit à l'information des associés : un investisseur détient le pouvoir de contrôle de l'EJV, et son associé assigne l'entreprise afin d'accéder aux informations portant sur la société.
(3) Les cessions de parts sociales : un associé chinois cède ses parts à un investisseur étranger, créant une modification sur la nature et l'organisation de l'entreprise.

393. Sources des litiges. Ces trois demandes sont essentiellement issus de deux éléments : les contrats de joint-venture et les dommages causées à l'entreprise.

La premiere difficulté vient des contrats de joint-venture. Les litiges afférents aux contrats de joint-venture sont différents de ceux portant sur les EJV et les CJV car, aucune personnalité morale n'a été créée à ce stade. Il s'agit d'un litige issu d'un contrat-cadre qui contient des points clefs portant notamment sur la location du terrain, le partenariat, la vente et l'achat des matériels. Ainsi, en raison de la non-exhaustivité de ce contrat, de nombreux litiges surviennent ultérieurement.

Le second élément porte sur les dommages causés aux droits et bénéfices légalement acquis de la société. Ces dommages sont principalement causés par des difficultés d'organisation ou de contrôle au niveau interne, c'est-à-dire en cas de conflit entre les deux associés, ou lorsque le comportement fautif du dirigeant cause un dommage à la société. Depuis quelques années, les litiges entre associés portant sur les statuts constitutifs et les licences d'affaires ont augmenté, démontrant le manque de législation ou l'absence d'efficacité de la loi portant sur ce domaine. De surcroît, le nombre de litiges présentés devant le juge judiciaire ont diminué, cela pour deux raisons principales : (1) le nombre de contrats de joint-venture a diminué et (2) les clauses compromissoires sont de plus en plus souvent insérées dans ces contrats.

394. Plan. Nous pouvons séparer ces litiges en quatre catégories correspondant aux quatre phases de la vie d'une entreprise à participation étrangère : la détermination de la loi applicable (I), la constitution de la joint-venture sino-étrangère (II), le déroulement de la vie de l'entreprise (III), et la dissolution de l'investissement (IV).

I. Loi applicable aux litiges relatifs à une entreprise à participation étrangère

395. Le texte régissant les règles de conflit de lois. Initialement, et tout comme pour le droit actuel des investissements directs étrangers, la Chine ne disposait pas de loi unique qui régissait le droit international privé. À la place, les règles de conflit de lois et de juridictions étaient éparpillées dans un nombre de lois et règlements[741]. Il a fallu attendre l'adoption de la Loi de droit international privé le 1er avril 2011, pour que la majorité des règles de droit international privé soient réunies au sein d'un texte unique, mais il est à noter que pour les litiges présentant un élément d'extranéité, les questions portant sur les conflits de lois sont régies par une loi spéciale. En effet, la question de la loi applicable aux contrats de joint-venture est régie par la Loi sur les lois applicables aux litiges de matière civile présentant un élément d'extranéité. Cette loi énonce le principe de liberté contractuelle (A), et prévoit des règles de rattachement en l'absence de choix des parties concernant la loi applicable (B).

A. Une liberté de choix de loi encadrée par la loi

1) Une autonomie de principe pour les contrats présentant un élément d'extranéité

396. Une liberté limitée aux litiges contractuels présentant un élément d'extranéité. Lorsque le litige n'implique que des personnes de nationalité chinoise, la loi applicable est obligatoirement la loi chinoise. Cependant, en matière « internationale »[742], c'est-à-dire lorsque le rapport inclut un élément d'extranéité, les contractants bénéficient du principe de l'autonomie de la volonté quant à la détermination de la loi applicable. En effet, l'article 3 de la Loi sur les lois applicables aux litiges de matière civile présentant un élément d'extranéité (Loi sur les lois applicables) énonce que les parties peuvent expressément choisir la loi applicable à leurs rapports de droit civil si ce rapport contient un élément d'extranéité.

Concernant les contrats, le droit chinois des contrats et le droit international privé de la Chine adoptent également ce principe de liberté de choix de loi en matière internationale. L'article 126§1 de la Loi sur les contrats énonce en effet que « *les parties à un contrat qui*

[741] Wolff (L.C.), « China's private international law : one way street into pre law », *American journal of comparative law,* vol. 56, n°4, 2008, p. 1045.

[742] Concernant la terminologie, il est à noter que le droit chinois préfère parler d'"élément d'extranéité"(涉外), plutôt qu'"international" (國際). Cependant, pour faciliter la compréhension, nous utilisons le terme "international".

comporte un élément d'extranéité peuvent choisir la loi applicable aux litiges contractuels, sauf dispositions contraires de la loi. En l'absence d'un tel choix, la loi du pays qui a les liens les plus étroits avec le contrat » est appliquée, et l'article 41 de la Loi sur les lois applicables dispose également que « *les parties peuvent expressément choisir la loi applicable à leur contrat* ». L'article 7 de la Loi sur les lois applicables dispose que les parties au contrat peuvent choisir librement la loi étatique pour appliquer au contrat. Ainsi, un contrat conclu entre une partie chinoise et une partie française peut très bien être soumis à la loi de New York, si les parties le souhaitent.

397. Élément d'extranéité. Cependant, qu'est-ce qu'un « *contrat qui contient un élément d'extranéité* » ? Ni les Principes généraux du droit civil ni la Loi sur les contrats ne définissent ce terme. Cependant, la Cour populaire suprême a tenté d'apporter une définition dans un Avis du 26 janvier 1988 concernant quelques questions relatives à l'application des Principes généraux du droit civil de la République populaire de Chine[743]. Selon cette définition, un rapport de droit civil contient un élément d'extranéité lorsque (1) une des parties au contrat de droit civil est une personne physique de nationalité étrangère ou une personne morale établie à l'étranger ; (2) un des éléments du contrat de droit civil est situé sur le territoire d'un État étranger ; (3) les faits qui ont créé, modifié ou supprimé un droit ou une obligation de droit civil sont survenus dans un État étranger[744].

398. Une liberté limitée au droit substantiel. En effet, cette liberté accordée aux cocontractants d'un contrat présentant un élément étranger n'est pas non plus absolue. Le choix des parties doit uniquement porter sur le droit substantiel, ce qui exclut les règles de conflit[745]. Et, bien évidemment, cette loi choisie par les parties ne peut pas écarter

[743] Avis de la Cour populaire suprême concernant quelques questions relatives à l'application des Principes généraux du droit civil de la République populaire de Chine (最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见), adopté le 26 janvier 1988, disponible sur http://www.ipkey.org/en/resources/china-ip-law/15-civil-law-procedures/3141-opinions-of-the-supreme-people-s-court-on-several-issues-concerning-the-implementation-of-the-general-principles-of-the-civil-law-of-the-people-s-republic-of-china-for-trial-implementation, consulté le 8 janvier 2017.

[744] *Ibid.,* article 178.

[745] Article 1 de l'Interprétation de la Cour populaire suprême sur les difficultés portant sur la loi applicable aux litiges relatifs aux contrats civils ou commerciaux présentant un élément d'extranéité (关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定), publiée le 11 juin 2007, en vigueur depuis le 8 août 2007, disponible sur http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=6300, consulté le 1 juin 2016. Cette Interprétation de 2007 a été abrogée par la Décision de la Cour populaire suprême sur l'abolition de certaines interprétation judiciaire et documents assimilés aux Interprétations judiciaires publiés entre le 1e juillet 1997 et le 31 décembre 2011 (最高人民法院关于废止1997年7月1日至2011年12月31日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第十批)的决定) publié le 8 avril 2013, disponible sur www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Gid=198871. Puis remplacée par la Loi relative au choix de loi pour les rapports de droit civil présentant un élément d'extranéité (中华人民共和国涉外民事关系法律适用法) du 28

l'application des lois impératives de la République populaire de Chine[746] ni être contraire aux intérêts publics ou sociaux de la République populaire de Chine[747].

2) *Application impérative du droit chinois aux entreprises à participation étrangère*

399. Restrictions de la liberté contractuelle. La pratique internationale des contrats de joint-venture affirme le principe de la liberté de choix du droit applicable[748]. Cependant, les contrats de joint-venture sino-étrangère exécutés en Chine ne bénéficient pas de cette règle de l'autonomie des parties dans le choix de la loi applicable, depuis l'adoption du Règlement d'application de la Loi sur les EJV en 1983[749], et du règlement d'application de la Loi sur les CJV en 1985[750]. Conformément à l'article 4 de la Loi sur la loi applicable aux relations de droit civil présentant un élément d'extranéité, les dispositions impératives de la République populaire de Chine sur les relations de droit civil présentant un élément d'extranéité doivent obligatoirement être appliquées, peu importe la loi choisie par les parties. L'article 126§2 de la Loi sur les contrats dispose que « *sont soumis à la loi de la République populaire de Chine, les contrats d'EJV, les contrats de CJV, les contrats d'entreprises sino-étrangères d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles, lorsqu'ils sont exécutés sur le territoire de la République populaire de Chine* ». Ainsi, le droit chinois est obligatoirement la *lex contractus* des contrats de joint-venture sino-étrangère.

400. Application obligatoire du droit chinois. Une entreprise à participation étrangère est une entreprise, dotée ou non de la personnalité morale, soumise au droit chinois car, elle ne constitue pas un « ressortissant étranger ». L'EJV, la CJV dotée de la personnalité morale et la WFOE sont constituées sous forme d'une société à risque limité et sont des sujets de droit soumis à la compétence et à la protection du droit chinois. Lorsque la CJV est dépourvue de personnalité morale, elle doit néanmoins être enregistrée auprès de l'Administration de l'industrie et du commerce et est ainsi soumise au droit chinois de la responsabilité civile.

---

octobre 2010, dont l'article 9 énonce que les règles de conflits de la République populaire de Chine ne peuvent pas être écartées par les parties. Disponible sur http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=206611, consulté le 8 juin 2017.

[746] Article 4 de la Loi sur les lois applicables.

[747] Article 5 de la Loi sur les lois applicables.

[748] Pironon (V.), *op. cit.*, n°748-750.

[749] Article 12 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV.

[750] Article 55 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.

La création de l'ensemble des entreprises à participation étrangère est soumise à l'enregistrement des autorités administratives chinoises après une procédure de vérification, ou d'approbation exceptionnelle.

Le droit chinois des investissements directs étrangers impose également que les entreprises à participation étrangère se conforment au droit chinois pour toutes leurs activités. En effet, les entreprises à participation étrangère sont assimilées à des entités de droit chinois et ne peuvent donc échapper à l'application du droit chinois, exception faite pour le régime juridique fiscal dérogatoire du droit commun applicable aux sociétés à capitaux entièrement chinois. C'est notamment ce qu'ont décidé les juges chinois dans les décisions *Shanghai Kaituo c. Shanghai Glogli et Hong Kong Glogli* de la première Cour intermédiaire de Shanghai du 13 décembre 2005[751], *Canopus c. Huang Zi-Long* de la première Cour intermédiaire de Shanghai du 11 mars 2008[752], et *Tian-yun société d'instrument de précision c. Usine de palier miniature de Shanghai* de la Première Cour intermédiaire de Shanghai, 24 août 2005[753].

401. Disposition impérative ou exception au principe ? La soumission obligatoire du droit chinois aux contrats de joint-venture peut être comprise de deux manières : la soumission à une loi impérative locale ou la limitation de la liberté du choix de loi des parties par des dispositions législatives. Initialement, la règle a été énoncée comme une obligation directe. Les dispositions du Règlement d'application de la Loi sur les EJV et du Règlement d'application de la Loi sur les CJV énoncent, en effet, l'application directe (适用) du droit chinois aux contrats de joint-venture[754], sans mentionner le principe de l'autonomie des parties sur la loi applicable au contrat. Puis d'autres textes législatifs postérieurs ont affirmé le principe de la liberté de choix de la loi applicable au litige contractuel avant de préciser, dans une formule impérative (必须适用, application impérative) que le contrat de joint-venture est soumis au droit chinois à peine d'invalidité (無效), optant ainsi pour la qualification de règle impérative (強制規定). C'est notamment le cas de la Loi sur les contrats

[751] Décision de la première Cour intermédiaire de Shanghai du 13 décembre 2005, *Shanghai Kaituo c. Shanghai Glogli et Hong Kong Glogli*, disponible sur http://210.73.66.144:4601/law?fn=cas101s545.txt, consulté le 7 juillet 2017.

[752] Décision de la première Cour intermédiaire de Shanghai du 11 mars 2008, *Canopus c. Huang Zi-Long*, disponible sur http://www.law-lib.com/cpws/cpws_view.asp?id=200401274905, consulté le 7 juillet 2017.

[753] Première Cour intermédiaire de Shanghai, 24 août 2005, *Tian-yun société d'instrument de précision c. Usine de palier miniature de Shanghai*, disponible sur http://old.ccmt.org.cn/showws.php?id=3299, consulté le 7 juillet 2017.

[754] Article 12 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV; Article 55 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.

économiques avec l'étranger[755], l'Interprétation de la Cour populaire suprême sur la Loi sur les contrats économiques avec l'étranger de 1987[756], l'Interprétation de la Cour populaire suprême sur les difficultés portant sur la Loi applicable aux litiges relatifs aux contrats civils ou commerciaux présentant un élément d'extranéité de 2007[757].

Certains auteurs considèrent même que la règle d'application du droit chinois au contrat de joint-venture résulte du lien étroit avec la Chine[758]. Cette position est certainement compréhensible en l'absence de choix de loi des parties dans un contrat de joint-venture, mais ne justifie pas l'application de la loi chinoise même en cas de choix expres des parties. D'autres auteurs préfèrent la qualification de loi de police, en expliquant cette soumission obligatoire des contrats de joint-venture au droit chinois par un souci de contrôle de la part d'État afin de sauvegarder les intérêts de la nation et de l'économie nationale[759].

La jurisprudence étatique et arbitrale chinoise n'est pas harmonieuse quant à la qualification de l'application du droit chinois aux contrats de joint-venture[760].

402. Pratique de la clause de choix de lois dans les contrats de joint-venture. Certaines clauses de choix de loi constatées dans la pratique ajoutent à l'application du droit chinois celle des règles matérielles étrangères ou des normes privées, codifiées par certaines entreprises multinationales pour la conduite mondiale de leurs affaires[761]. En effet, un auteur constate dans la pratique de la rédaction des contrats de joint-venture sino-étrangère une double conformité : conformité aux pratiques et règles chinoises et conformité aux pratiques et règles internes de l'investisseur étranger[762]. Une joint-venture sino-américaine, par exemple peut prévoir l'application des règles privées édictées par la société américaine, investisseur étranger de la joint-venture, pour que la joint-venture se conforme à ses règles sanitaires et environnementales ou de bonnes conduites. Outre des règles privées, cette joint-venture sino-américaine peut également soumettre expressément le contrat de joint-venture aux lois d'application extraterritoriale des États-Unis (État de la nationalité de l'investisseur

[755] Article 5 de la Loi sur les contrats économiques avec l'étranger.
[756] Article 2(3) de l'Interprétation de la Loi sur les contrats économiques avec l'étranger du 19 octobre 1987.
[757] Article 8
[758] Xu (D.), *Le droit international privé en Chine : une perspective comparative,* Recueil des cours, t. 270, 1997, p. 135; Gallagher (N) et Shan (W), *Chinese Investment Treaties, Politices and Practice*, Oxford University Press, 2009, §8.116.
[759] Zhang (M.), *Chinese contract law theory and practice,* Brill Nijhoff, 2006, p. 334.
[760] Willems (J.), *op. cit*., p. 173.
[761] Zeng (J.), "The application of law about the contract of China's joint-venture", *Derecho civil y romano : cultures y sisters juridical comparados*, Universidad Nacional autonomy de Mexico, Mexique, 2005, pp. 133-134; Willems (J.), *op. cit.,* p. 162.
[762] *Ibid.*

étranger), tel que les lois d'anticorruption ou de contrôle des exportations, à condition que ces lois ne contredisent pas les lois de la République populaire de Chine[763].

B. Détermination de la loi applicable en l'absence de choix des parties

403. Contrats non soumis à l'application impérative du droit chinois. Le droit chinois impérativement applicable aux contrats de joint-venture sino-étrangère n'a pas vocation à s'appliquer aux contrats conclus par la joint-venture. Certains contrats de joint-venture sino-étrangère prévoient expressément que les autres contrats ou accords conclus seront régis par la loi choisie par les parties[764]. En effet, les contrats internationaux conclus par une entreprise à participation étrangère pour le bon fonctionnement ou pour les besoins de l'activité de l'entreprise à participation étrangère, qui sont notamment des contrats de vente de marchandises, de transfert de technologie, de licence de droit de propriété industrielle, n'ont pas à être soumis au droit chinois et bénéficie d'une liberté du choix de loi comme nous l'avons examiné précédemment. En l'absence d'un tel choix de loi, le juge (ou l'arbitre) peut appliquer la pratique internationale et les dispositions des conventions internationales signées par la Chine. Lorsqu'aucune disposition de nature internationale n'est applicable en l'espèce, le tribunal populaire (ou arbitrale) droit appliquer la loi qui a les liens les plus étroits avec le rapport de droit civil[765].

404. Responsabilité délictuelle. En matière délictuelle (侵权责任), la loi applicable est celle du lieu du dommage (侵权行为地法律, *the law of the place of the tortious act*), c'est-à-dire le lieu de survenance du fait dommageable ou le lieu où le dommage est ressenti[766]. Cependant, cette *lex loci delicti* est écartée au profit de la loi de la résidence habituelle (共同经常居所地法律) lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays, ou lorsqu'elles s'accordent sur une loi applicable postérieurement à la survenance du dommage[767]. À noter que la résidence habituelle d'une société est la juridiction dans laquelle la société dirige ses

[763] *Ibid.*
[764] *Ibid.*, p. 189.
[765] Article 2 de la Loi sur les lois applicables aux litiges de matière civile présentant un élément d'extranéité du 28 octobre 2010.
[766] Article 187 de L'interprétation de la Cour populaire suprême sur les questions relatives à l'application des Principes généraux de droit civil de la République populaire de Chine.
[767] Article 44 de la Loi sur les loi applicables.

affaires[768], alors que pour les personnes physiques, cette résidence est le lieu où la personne a résidé continuellement pour au moins un an au moment de l'établissement, de changement ou de suppression des rapports de droit civil entre les parties[769].

405. Responsabilité contractuelle. Lorsqu'il s'agit de la responsabilité contractuelle, en l'absence de choix des parties, est applicable la loi de la résidence habituelle du contractant qui exécute l'obligation caractéristique du contrat (履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律), ou la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat (与该合同有最密切联系的法律)[770], qui est souvent la loi du lieu de la signature du contrat international, ou la loi du lieu d'exécution des obligations du contrat international. Pour les contrats internationaux nommés, l'Interprétation de la Cour populaire suprême sur les questions relatives à l'application des Principes généraux de droit civil de la République populaire de Chine énonce des règles de rattachement fixe.

406. Confirmation par la jurisprudence arbirale et civile. Dans un cas récent portant sur un litige relatif à un contrat de vente d'airelles rouges de la Chine à la Suède, un tribunal arbitral sous l'égide de la CIETAC a énoncé que lorsque « *le contrat de vente est silencieux sur la loi applicable au contrat […], la loi applicable doit être celle qui présente des liens plus étroits avec le contrat. En l'espèce, conformément à la demande d'arbitrage et la présentation orale du requérant, les biens sont produits en Chine, et les négociations contractuelles aussi bien que la signature du contrat de vente ont été faites par fax. Les parties au litige ayant choisi un arbitrage CIETAC, le tribunal arbitral a conclu que la Chine présente des liens plus étroits avec le litige, et donc la loi chinoise est applicable au contrat de vente. La Chine et la Suède ayant toutes deux signé la Convention de Vienne de 1980, et les parties au litige n'ayant pas écarté l'applicabilité de la Convention de Vienne de 1980, cette dernière s'applique au cas de l'espèce* »[771].

Dans la décision *Hong Kong Yuhua International Co. Ltd. C. Zheng Yueyun et Liu Yuxia*[772], la Haute Cour de Shangdong a également considéré que « *Weifang Yuhua est une EJV sino-étrangère, et conformément à l'article 126 de la Loi sur les Contrats de la RPC, la loi de la RPC s'applique à tous les contrats d'EJV sino-étrangère qui sont exécutés sur le territoire*

[768] Article 14 de la Loi sur les lois applicables.
[769] Articles 1(2) et 15 de la Loi sur les lois applicables.
[770] Article 41 de la Loi sur les lois applicables aux litiges de matière civile présentant un élément d'extranéité du 28 octobre 2010.
[771] Y. Jing, *Foreign Investment : Law and practice in China*, Law Press China, 2013, p. 218.
[772] SPC, (2013) min shi zhong zi n°37.

chinois. Ainsi, la loi chinoise est applicable en l'espèce »[773]. Cette décision de la Haute Cour a ensuite été infirmée par la Cour populaire suprême dans une décision du 1er août 2014[774]. Ces décisions sont en conformité avec la législation en vigueur. En effet, en cas de silence des parties contractuelles, est applicable la loi qui dispose le lien le plus étroit avec le contrat, qui est soit celle du lieu de la signature du contrat, soit celle du lieu d'exécution du contrat.

II. Constitution de la joint-venture sino-étrangère en Chine

407. Présentation. Selon les analyses des tribunaux de Shanghai et des autres régions, les litiges portant sur la constitution des sociétés à risque limité et la libération défaillante du capital social constituent la majorité des affaires[775]. Ainsi, il convient d'étudier des litiges principaux susceptibles de survenir lors de la constitution de la société, c'est-à-dire ceux qui surviennent lors de la signature des conventions relatives à l'établissement d'une joint-venture (A), ceux qui concernent la libération défectueuse des apports (B), et ceux qui sont relatifs à la démarche administrative d'enregistrement (C).

A. Importance des accords, des contrats de joint-venture et des statuts

1) Rapport entre le créancier et la société en formation

408. Principe. Une société légalement constituée doit être responsable des dettes et frais engagés lors de la constitution de la société, sauf si la société fournit la preuve que les frais ou dettes ont été engagés au nom de la société par un associé à son propre bénéfice, et que le créancier de ladite dette avait connaissance de cette situation frauduleuse. Bien entendu, si la société n'a pas pu être constituée, les frais engagés lors de la phase de constitution sont à la charge des associés.

[773] Hong Kong Yuhua International Co. Ltd. c. Zheng Yueyun et Liu Yuexia, 1e août 2014, disponible sur www.court.gov.cn/zgcpwsw/zgrmfy/ms/201403/t20140326_619892.htm, consulté le 8 juin 2016.
[774] *Ibid.*
[775] En général, il s'agit principalement de litiges portant sur la constitution inefficace de la société en raison de l'absence d'obtention de la licence d'affaires.

Concernant ces litiges, la solution juridique se trouve dans la Loi sur les contrats. Il n'y a donc normalement pas de difficulté particulière lors de la résolution du litige. Cependant, deux difficultés surgissent dans la pratique. La première difficulté porte sur la détermination du délai de la constitution de la société. Le début de la constitution est la date de la signature des statuts de la société, et la fin de la phase de constitution est la date de délivrance de la licence d'affaires. Les actes effectués en dehors de ces deux dates ne sont donc pas pris en compte lors de la résolution du litige. La seconde difficulté porte sur le type de dépenses prises en compte. Il faut qu'elles soient nécessaires à la constitution de la société.

2) Litiges portant sur l'échec de la constitution de la société

409. Principe. Plusieurs situations sont possibles : (1) l'objet social est contraire à la loi ou contrevient à l'ordre public ; le fondateur n'a pas rempli les conditions exigées par la loi ; le capital social n'a pas atteint le minimum légal ; (2) une entreprise ayant un objet social spécifique n'a pas obtenu l'approbation nécessaire. Dans les cas cités ci-dessus, un associé, le dirigeant ou un membre du conseil de surveillance peut saisir la juridiction compétente afin de faire reconnaître la nullité de la constitution de la société. Si le tribunal prononce la nullité de la constitution de la société, et que les contrats n'ont pas été entièrement exécutés, le cocontractant peut arrêter ou continuer l'exécution. Et les fondateurs doivent apurer les dettes de la société en constitution, et procéder à la démarche de retrait de l'enregistrement de la société.

410. Application. Dans la pratique, un défaut dans la constitution du capital social peut être divisé en deux catégories : l'apport fictif (*false capital contributions*), et le retrait de l'apport. Un investissement fictif est un investissement qui semble avoir eu lieu, mais qui n'a jamais été réellement effectué. Concrètement, c'est le cas où l'associé acquiert des parts sans en payer la valeur totale (art. 199 de la Loi des sociétés). Concernant le retrait de l'apport, l'article 200 de la Loi des sociétés décrit la situation dans laquelle l'associé retire frauduleusement la totalité de son investissement dès que la constitution de la société a été prononcée. Concernant l'insuffisance et le retrait d'actif, la Loi des sociétés et l'Interprétation de la Loi des sociétés de 2006 de la Cour populaire suprême[776] indiquent le mode de mise en œuvre de la responsabilité. Ces normes traitent les affaires selon que la personne fautive ait une personnalité juridique ou non. En pratique, on considère que les

[776] Dispositions de la Cour populaire suprême relatives à certaines questions d'application de la Loi des sociétés, publié le 27 mars 2006.

deux actes sont différents par nature, l'investissement fictif engage la responsabilité illimitée de l'associé envers la société, alors que le retrait du capital ne modifie pas la personnalité juridique de la société. La responsabilité de l'associé fautif est donc limitée dans ce cas.

3) Conflits entre l'accord de joint-venture, le contrat de joint-venture et les statuts

411. Principe. L'article 10 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV et l'article 10 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV énoncent que « *l'accord de joint-venture est un acte juridique dans lequel les parties contractantes s'accordent sur les points essentiels et les grands principes de leur relation aux fins d'établir joint-venture ; le contrat de joint-venture est un document plus détaillé qui énonce les droits et obligations des parties dans la phase de constitution de la joint-venture ; et les statuts sont un document établi sur la base des dispositions du contrat de joint-venture, qui concrétise l'accord des parties concernant notamment les principes directeurs, l'organisation et le mode de gestion de la joint-venture* »[777].

412. Accord (協議) de joint-venture. L'accord de joint-venture est un avant-contrat dont le but est la conclusion d'un contrat de joint-venture entre les associés. Cet accord n'est pas un document obligatoire selon la législation chinoise et il ne fait ainsi pas partie des documents à transférer à l'administration lors de la demande de constitution d'une entreprise à participation étrangère. Son existence n'est pas obligatoire car, les parties peuvent très bien entrer directement en phase de négociation du contrat de joint-venture. L'accord de joint-venture ne traduit donc pas la volonté initiale des parties de se créer une joint-venture, mais seulement celle de négocier de bonne foi dans le but de conclure un contrat de joint-venture.

413. Contrat (合同) de joint-venture. Contrairement à l'accord de joint-venture qui traduit la volonté initiale des parties au contrat de participer aux négociations contractuelles, le contrat de joint-venture est le document qui détermine la volonté des parties de créer une joint-venture et définit le cadre général des relations entre les associés de la joint-venture. Il s'agit donc d'un contrat-cadre qui doit être soumis à une approbation administrative et sur lequel les relations d'affaires ultérieures doivent être fondées. C'est un document juridiquement obligatoire, contrairement à l'accord de joint-venture.

[777] Article 10 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV et article 10 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV.

414. Statuts (章程). Les statuts gèrent l'organisation interne des entreprises, mais, pour les joint-ventures, les droits et obligations des associés se trouvent principalement dans le contrat de joint-venture, et non pas dans les statuts.

415. Résolution de conflit de textes. En cas de conflit entre les trois documents, seul le contrat de joint-venture doit être pris en compte[778]. Les parties peuvent également convenir dans le contrat de joint-venture de ne pas conclure préalablement d'accord de joint-venture, ou de ne pas le prendre en compte, afin de diminuer le risque de conflit entre différents textes.

416. Affaire *Shanghai Kaituo c. Shanghai Glogli et Hong Kong Glogli*[779]. Dans une décision du 13 décembre 2005, la Cour intermédiaire de Shanghai a réglé un conflit entre un accord de joint venture, un contrat de joint venture et les statuts de la joint-venture. En l'espèce, les sociétés chinoises Shanghai Kaituo (SK) et Shanghai Glogli (SG) avaient conclu un accord de joint-venture avec une société hongkongaise Hong Kong Glogli (HKG) afin de former une EJV sino-étrangère. Dans cet accord de joint-venture, il est indiqué que 1) SG (qui était également une EJV) avait cédé la totalité de ses parts sociales de l'EJV à HKG, et était devenue une WFOE, et que 2) SK devait verser 50 %, SG 30 % et HKG 20 % du capital social. Les apports ne pouvaient être que de nature pécuniaire.

Le même jour, les parties ont conclu un contrat de joint-venture (關於成立上海格羅利藥業有限公司的合同) et rédigé les statuts (上海格羅利藥業有限公司章程) de l'EJV. Ces deux derniers documents indiquaient cependant que SG aurait libéré 50 % du capital social, que SK et HKG avait chacun libéré 25 % du capital social, et que les apports de SK et de HKG sont de nature immatérielle.

Le 1er octobre 2002, l'EJV a déposé une demande de constitution d'EJV en incluant un rapport de faisabilité auprès de l'administration de Shanghai. Cette dernière a donné son approbation dans un avis du 2 décembre 2001 après avoir examiné le contrat d'EJV, les statuts de l'EJV et le rapport de faisabilité.

Un litige est survenu entre les associés, SK a intenté une action en justice et argué que les apports de SG et de HKG n'avaient pas été libérés conformément à l'accord d'EJV signé, ce qui lui avait causé des préjudices graves. S'est donc posée la question de savoir à quel

[778] Voir l'affaire Wahaha de 2007.

[779] Décision de la première Cour intermédiaire de Shanghai du 13 décembre 2005, *Shanghai Kaituo c. Shanghai Glogli et Hong Kong Glogli*, disponible sur http://210.73.66.144:4601/law?fn=cas101s545.txt, consulté le 7 juillet 2017.

document se référer en cas de conflit entre l'accord de joint-venture, le contrat de joint-venture et les statuts.

Dans une décision du 13 décembre 2005, le juge d'appel a jugé que l'article 3 de la Loi sur les EJV énonce que les documents constitutifs doivent obtenir l'approbation administrative. En l'espèce, l'avis 208 a approuvé l'établissement de l'EJV après avoir examiné le contrat d'EJV et les statuts de l'EJV. Ces deux documents primaient donc sur l'accord d'EJV malgré le fait que ce dernier ait été conclu avant la conclusion des deux autres. Dès lors, la libération des apports doit donc être effectuée conformément au contrat d'EJV et aux statuts de la société. Le juge d'appel confirme donc le jugement du premier degré et rejette l'appel formé par SK.

B. Difficultés portant sur libération du capital social

1) Conditions portant sur le capital social et sa libération

417. Capital social minimum. Avant 2006, la loi ne contenait pas de précision sur le montant du capital social, mais selon la pratique des autorités locales d'enregistrement le capital social minimum était de 140 000 USD. Les règles relatives au montant du capital social ont été alignées sur le droit général des sociétés en 2006, avec des conditions minimales plus élevées qui sont prévues dans des secteurs spécifiques, puis cette exigence a été supprimée avec la réforme de 2014.

Concernant les entreprises à participation étrangère, peu importe le montant du capital social, la participation étrangère doit être au moins égale à 25 % du capital social afin de bénéficier des avantages fiscaux et des franchises de droits d'importation attachés au statut d'entreprise à participation étrangère. Cette exigence est maintenue par la réforme de 2014 qui n'avait pas effacé le traitement différentiel entre les entreprises à participation étrangère et les entreprises de droit commun.

418. Nature des apports. Le capital social peut être composé d'apports en numéraire, en nature, de droits d'usage sur des terrains ou des bâtiments, de droits de propriété intellectuelle ou de technologie. Depuis 2006, les apports en numéraire doivent être égaux ou supérieurs à 30 %. A contrario, les 70 % restant du capital peuvent être des apports en nature, des droits de propriété intellectuelle, des droits d'usage sur un terrain ou autre biens légalement transférable (y compris les parts sociales). Les apports de droits de propriété

intellectuelle ou de technologie sont limités à 70 % dans la limite du pouvoir d'appréciation des autorités d'enregistrement. Les associés peuvent également prévoir la

419. Ratio du capital social. La législation chinoise a introduit la notion d'investissement total afin d'éviter le surendettement des entreprises en devises étrangères. L'investissement total, dont le montant est être fixé préalablement par les investisseurs lors de la création de la société, comprend le capital social, les dettes et les fonds de roulement (avances ou autres) qui sont estimés nécessaires à l'activité de l'entreprise à participation étrangère. L'entreprise à participation étrangère ne pourra pas s'endetter au-delà de la somme constituée par la différence entre la somme d'investissement total et montant du capital social. Le Règlement provisoire concernant le ratio entre le capital social et l'investissement total dans les entreprises à participation étrangère prévoit un ratio entre capital social et investissement total conformément au tableau ci-dessus :

Montant d'investissement total en USD	**Pourcentage attribué au capital social**
Inférieur à 3 000 000	70 %
Entre 3 000 000 et 10 000 000	50 %
Entre 10 000 000 et 30 000 000	40 %, dans la limite de 5 000 000 USD
Supérieur à 30 000 000	33,33 %, dans la limite de 12 000 000 USD

Toute augmentation ou diminution du capital devra en outre respecter ces ratios.

420. Délai de la libération des apports. Selon la loi, le délai court à compter de l'obtention de la licence d'exploitation. En cas de libération intégrale, les investisseurs doivent libérer leurs apports dans un délai de 6 mois à partir de la délivrance de la licence d'exploitation. Cependant, dans le cadre d'une augmentation de capital, au moins 20 % du capital doit être libéré avant l'obtention de la nouvelle licence d'exploitation. Concernant la libération par versements successifs, dans la mesure où les apports libérés sont libérés en plusieurs fois, les investisseurs doivent libérer 15 % du capital social dans les 3 mois de la délivrance de la licence d'exploitation. Le capital social restant (au plus 85 %) doit être libéré conformément aux délais suivants :

Montant du capital social en USD	**Délai de libération des apports**

Moins de 500 000	Un an
Entre 500 000 et 1 000 000	Un an et demi
Plus de 1 000 000	Deux ans

À chaque libération des apports, un cabinet d'expert-comptable ou d'auditeurs chinois agréés vérifie la réalité des apports effectués. Au terme de la vérification, les experts-comptables ou les auditeurs peuvent alors délivrer un certificat à chacun des apporteurs faisant preuve de la véracité de leurs apports.

Certes, la réforme de 2014 a supprimé l'exigence du délai portant sur la libération des apports, mais la connaissance des différents délais demeure essentielle car, les autorités locales d'enregistrement peuvent tout de même les imposer dans la pratique.

2) Litiges entre e un associé et la société concernant la libération du capital social

421. Principe. Une fois la société constituée, s'il s'avère qu'un apport est insuffisant ou défectueux, la société ou les autres apporteurs ayant libéré correctement leurs apports au capital social peuvent demander une libération supplémentaire de la part de l'apporteur défaillant afin d'atteindre la somme prévue. Concernant les apports en nature, l'article 30 de la Loi des sociétés énonce que « *Si, après constitution d'une société à risque limité, la valeur réelle des biens non monétaires apportés se trouve nettement inférieure à la valeur telle qu'énoncée dans les statuts de la société, l'apporteur de cet apport insuffisant doit combler la différence, et les autres associés doivent assumer conjointement et solidairement les conséquences de cette différence* »[780]. Et l'article 93 de la Loi sur la société énonce également que « *lorsque, après la constitution de la société par actions, il est constaté que le prix réel des apports non monétaires apportés pour la constitution de la société est nettement inférieur au prix déterminé dans les statuts constitutifs de la société, l'écart constaté doit être comblé par l'associé qui a fourni l'apport litigieux. Les autres apporteurs sont solidairement responsables* »[781]. Un créancier de la société, victime du défaut ou de l'insuffisance de libération du capital social, peut donc mettre en œuvre la responsabilité

[780] Article 30 de la Loi des sociétés.
[781] Article 93 de la Loi sur la société.

conjointe et solidaire des associés. Ces derniers peuvent ensuite intenter une action récursoire contre l'associé, auteur du défaut ou de l'insuffisance du capital social.

3) Litiges entre apporteurs lors du versement des apports en capital social

422. Principe. Si la raison de l'échec de l'établissement de la société réside dans un défaut d'apport ou une insuffisance du capital social, l'associé auteur de ce défaut ou de cette insuffisance peut voir sa responsabilité mise en œuvre sur le fondement d'un manquement à une obligation contractuelle. En effet, l'article 28 de la Loi sur la société énonce que « *chaque associé effectue la contribution de capital qu'il souscrit conformément aux statuts de la société, à temps et en totalité. Si un associé effectue un apport monétaire, il doit déposer le montant intégral de la contribution en capital dans un compte bancaire ouvert par la société à risque limité. Si une contribution en capital est un apport en nature, les procédures de transfert des droits de propriété y afférents sont effectuées conformément à la loi. Si un associé ne libère pas son apport conformément au paragraphe précédent, il doit, en plus de verser l'apport restant dû à la société, être responsable d'une rupture de contrat envers les apporteurs qui ont libéré l'intégralité de leur apport dans les délais convenus* ». L'article 83 de la Loi des sociétés régit le même cas pour les sociétés par actions. Ainsi, la responsabilité contractuelle de l'associé fautif peut être mise en cause, peu importe le caractère intentionnel ou non, de la faute.

4) Problème d'apport insuffisant de la part de l'investisseur étranger

423. Principe. La question de la nature des entreprises se pose lorsque, après la libération des apports, moins de 25 % du capital social est détenu par un investisseur étranger. En effet, sont-elles des entreprises à capitaux nationaux, ou restent-elles des entreprises à participation étrangère ? Selon la notification concernant le renforcement de la gestion d'approbation, d'enregistrement, de changes et de fiscalité adoptée en 2002 par le département d'économie et d'affaires extérieures, « *conformément aux lois et règlements positifs portant sur l'investissement étranger, sauf disposition contraire, lorsque la part d'investissements étrangers libérée est inférieure à 25 % du capital social, l'approbation et d'enregistrement de l'entreprise doivent procéder conformément à la procédure en vigueur. L'entreprise ayant obtenu l'approbation et l'enregistrement doit mettre la mention "part*

d'investissements étrangers inférieure à 25 %" après la détermination de la forme d'entreprise sur sa licence d'affaires ». L'article 9 du Règlement provisoire portant sur la fusion et acquisition des entreprises nationales par des investisseurs étrangers qui a été adopté en 2006 par le Ministère de l'Économie énonce que « *les investisseurs étrangers ayant acquis des parts d'une entreprise, et dont la part du capital social acquise est inférieure à 25 %, ne peuvent pas, sauf disposition législative ou réglementaire contraire, bénéficier des avantages et traitements accordés aux investisseurs étrangers […]* ». Ainsi, la réponse à la question initiale doit être nuancée car, ces entreprises ont un statut particulier. En effet, elles constituent des entreprises à participation étrangère et les autorités administratives les reconnaissent comme telles, mais, malgré cette qualification, elles et leurs investisseurs étrangers ne peuvent, en réalité, pas bénéficier des avantages légalement accordés aux entreprises à participation étrangère.

5) Difficultés liées aux apports de licence d'usage sans titre de propriété

424. Principe. L'article 2 du Règlement portant sur la libération des apports constitutifs des EJV adoptées par le département du commerce extérieur en 1988 énonce que « *les apports constitutifs effectués par associés d'une EJV conformément aux contrats d'EJV doivent être, soit un apport en numéraire dont la somme appartient à l'apporteur, soit un apport en nature, c'est-à-dire une chose réelle dépourvue d'hypothèque, une licence, un savoir-faire dont la propriété revient à l'apporteur. Pour les apports en nature, l'apporteur doit apporter la preuve de son droit de propriété et de son droit d'utilisation* ». Selon certains, le défaut de preuve du droit de propriété et d'utilisation conduirait à la nullité de l'apport[782].

425. Tendance récente. Cependant, avec la tendance d'assouplissement en droit des sociétés et l'élargissement des conditions constitutives des apports, d'autres auteurs considèrent que le droit de propriété ne constitue plus une condition *sine qua non* des apports en nature, et que la preuve d'un droit d'utilisation, tel qu'une licence d'exploitation ou un bail, suffit pour que les apports en nature soient valables[783]. Ainsi, la seule exigence portant sur les apports en nature est énoncée à l'article 27 du règlement d'application de la Loi sur les EJV, qui dispose qu'une « *machine de production, une chose réelle, une licence*

[782] 張風祥，« 中外合資企業：公司法糾紛難點與審判分析 (Issues on the Chinese-foreign Equity Joint Ventures Disputes and the Relevant Judicial Analyzing) », *法律出版社*, p. 36.
[783] *Ibid.*

d'exploitation ou le savoir-faire apportés l'associé étranger en guise d'apport constitutif doivent être déclarés auprès de l'autorité d'approbation compétente »[784] afin d'en obtenir une approbation expresse.

6) Dissolution de l'EJV en cas d'impossibilité des fondateurs de libérer les apports

426.Principe. L'EJV est-elle automatiquement dissoute si un ou plusieurs apporteurs n'ont pas libéré leurs apports conformément aux dispositions contractuelles ? « *Une EJV dont les associés n'ont pas libéré leurs apports conformément dans les délais déterminés à l'article 4 de la Loi est considérée comme dissoute, et la licence d'affaires obtenue antérieurement perd sa validité de façon automatique. L'EJV doit procéder à la suppression d'enregistrement auprès de l'autorité administrative d'industrie et du commerce, et faire annuler la licence d'affaires. À défaut, l'autorité administrative d'industrie et du commerce suspend la validité de la licence, et le notifie à l'EJV* »[785]. Cet article, adopté en 1987 par le Conseil des affaires de l'État et approuvé par le ministère du Commerce extérieur et l'autorité administrative de contrôle de l'industrie et du commerce, contient une forte coloration d'économie planifiée, une politique qui n'est plus en vigueur de nos jours. Ainsi, au regard du développement de la politique économique et des nombreuses réformes de la Loi des sociétés, la conséquence de l'absence de libération des apports s'est allégée par rapport à la disposition citée ci-dessus.

427. Option. Désormais, une option autre que celle de la dissolution est accordée à l'apporteur respectueux des dispositions contractuelles. Par exemple, l'apporteur peut rechercher un autre associé commercial comme le décrit l'article 7 du règlement portant sur la libération des apports dans les EJV[786]. De surcroît, le Règlement additionnel de 1997 sur le Règlement portant sur la libération des apports dans les EJV ajoute que « *les investisseurs*

[784] Article 27 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV.
[785] Article 5 du Règlement portant sur la libération des apports dans les EJV.
[786] "*Constitue une violation contractuelle le défaut de libération des apports constitutifs par un associé d'EJV conformément au contrat d'EJV. La partie qui a libéré sa part du capital social conformément au contrat peut mettre en demeure la partie défaillante et l'inviter à libérer son apport dans le délai d'un mois exhortant la partie défaillante doit payer ou le paiement intégral dans un mois. Rémunération ou en retard, traiter la partie défaillante renoncer à tout droit dans le contrat de joint-venture, le retrait de l'entreprise commune. La partie observatrice, dans un délai d'un mois après retard, l'examen initial et de l'autorité d'approbation pour l'approbation de la dissolution de l'entreprise commune ou de demander l'approbation d'un autre associé d'EJV à assumer les droits et obligations de la partie défaillante dans le contrat de joint-venture. La partie respectueuse de la loi peut demander à la partie défaillante n'a pas payé ou à payer une compensation pour les pertes économiques causées par la contribution.* »

étrangers des EJV doivent libérer leurs apports conformément aux dispositions du contrat d'EJV portant sur la part et le délai. En cas d'impossibilité d'exécuter cette obligation en raison de circonstances exceptionnelles, une obligation de déclaration auprès de l'autorité administrative d'approbation doit avoir lieu, et les dividendes devront être distribués conformément à la proportion réelle des apports effectués. L'investisseur détenant la participation de contrôle de l'EJV ne peut, avant la libération totale de son apport, prendre de décision concernant l'entreprise, et ne doit pas inscrire cet apport dans ses comptes annuels ». Au niveau législatif, aucune disposition n'impose la dissolution de l'EJV en cas de défaut de libération des apports[787]. Ainsi, selon le droit des sociétés, tant que les fondateurs diligents ne demandent pas la dissolution de la société ou lorsque les créanciers de l'EJV n'ont pas subi de dommage du fait du défaut de libération des apports, l'EJV ne peut pas être dissoute par la seule force de la loi.

7) Sort des apports non constitutifs du capital social

428. Définitions. La question préalable porte sur la définition des termes « montant total d'investissement » et « capital social ». Conformément à l'article 17 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV, « *le montant total d'investissement (y compris les prêts) d'une joint-venture désigne le montant équivalent au coût de construction et au coût nécessaire pour l'échelle de production de la joint-venture conformément aux contrats de joint-venture et aux statuts de la société* ». Cette définition est reprise par l'article 15 du Règlement d'application de la Loi sur les CJV. Concernant le capital social, l'article 18 du Règlement sur les EJV dispose que « *Le capital social d'une EJV est le capital total enregistré auprès de l'autorité administrative compétente pour la création de l'EJV. Le capital social est le capital souscrit par toutes les parties à l'EJV* ». Le Règlement sur les CJV reprend également cette définition dans son article 16, mais ajoute que « *les parties peuvent convenir que le capital social souscrit est en renminbi ou dans une autre devise convertible* ».

429. Difficulté. Qu'en est-il lorsque le montant total d'investissement dépasse le montant du capital social ? Certains auteurs soutiennent que le reliquat doit être considéré comme un prêt, et donc peut être soumis à un remboursement ultérieur. D'autres auteurs préfèrent

[787] L'article 28 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV : « *les associés d'une EJV doivent libérer leurs apports conformément au contrat d'EJV. En cas de délai ou d'absence de libération des apports, la somme des intérêts ou des dommages et intérêts doit être déterminée selon les dispositions du contrat d'EJV* ».

donner à cette somme supplémentaire la qualification d'apport, et n'est donc pas susceptible d'être retourné à l'auteur de l'investissement sans procédure particulière. Peu importe la qualification de la somme, si l'investisseur saisit le juge chinois pour que ce reliquat lui soit reversé, le juge devrait utiliser son pouvoir d'interprétation souveraine (释明權) : si le juge interprète la requête comme étant une demande de remboursement de l'investissement ou du prêt, le tribunal devra ordonner le remboursement de la somme à l'investisseur ; si le tribunal considère que cette demande porte sur un retrait d'apport, l'investisseur verra sa requête rejetée par le tribunal. En principe l'investisseur ne se soucie pas de la catégorisation de son investissement, ce qui explique pourquoi la situation décrite ci-dessus n'est qu'une difficulté théorique. L'importance cette difficulté théorique porte sur la qualification de l'investissement versé selon le contrat de joint-venture : si le contrat de joint-venture qualifie cette somme d'apport social, alors conformément au principe d'intangibilité du capital social[788], l'investisseur qui a effectué cet apport ne peut pas demander que cet apport lui soit restitué qu'après désintéressement de tous les créanciers de la société.

C. Conditions relatives à l'enregistrement administratif.

430. Une procédure obligatoire. Tout en souhaitant attirer les investisseurs étrangers, la Chine conserve cependant un contrôle étroit sur les investissements étrangers. Le droit prévoit une procédure d'approbation *a priori* complexe des sociétés à participation étrangère par le Ministère du Commerce et non un simple enregistrement. Toute création d'entreprises doit être accompagnée de la soumission au Ministère du Commerce d'une proposition de projet, de statuts, d'un contrat de joint-venture, d'une étude de faisabilité ainsi que d'autres documents annexes. Ces exigences interdisent la création de sociétés en position dominante ou ayant des objets sociaux relativement étendus. Après l'obtention de l'approbation, l'entreprise à participation étrangère doit ensuite procéder à un enregistrement auprès de l'Administration d'industrie et du commerce afin d'obtenir une licence d'exploitation. À la délivrance de cette licence, les entreprises procèdent à des formalités d'enregistrement (police, administration fiscale, bureau de surveillance technique, bureau des finances, des autorités de contrôle des changes, des statistiques, des douanes, etc.). Si l'entreprise à

[788] Le capital social doit en principe être fixe, c'est-à-dire que son montant ne peut varier à la hausse ou à la baisse sans qu'il soit procédé aux formalités de modification du capital prescrites pour la modification des statuts.

participation étrangère exerce des activités dans certains domaines spécifiques, tels que la restauration, la construction ou l'édition, d'autres formalités doivent être accomplies ultérieurement auprès des autorités compétentes désignées par la réglementation applicable.

1) Interdiction pour un national chinois d'être un associé

431. Principe et exceptions. L'article 1 de la Loi sur les EJV interdit aux personnes physiques chinoises d'être associés dans une EJV. Cependant, selon la Notification concernant les problèmes issus du renforcement des procédures d'approbation, d'enregistrant, de changes et d'impôt des entreprises à participation étrangère, adoptée par le Ministère du Commerce en 2002, « *l'acquisition par des investisseurs étrangers des droits et des parts sociales des sociétés déjà établies en Chine doit être réalisée conformément aux lois et règlements en vigueur en Chine, selon la procédure d'approbation des entreprises à participation étrangère et la politique des investissements étrangers. Après l'obtention de l'approbation administrative, l'autorité administrative compétente délivre un certificat d'approbation à l'entreprise à participation étrangère, et les autorités administratives du commerce et de l'industrie délivrent une licence d'affaires. Les personnes physiques chinoises qui étaient des associés de l'entreprise initiale depuis un an peuvent continuer à avoir la qualité d'associé à condition qu'ils obtiennent une approbation administrative. Il n'existe actuellement pas d'autres voies pour qu'une personne physique chinoise soit associé d'une entreprise à investissement étranger* »[789].

L'article 57 des Mesures intérimaires concernant les acquisitions de parts sociales des entreprises à participation étrangère[790] énonce également que « *les personnes physiques chinoises associés des entreprises chinoises qui sont transformées en entreprises à participation étrangère par fusion ou acquisitions par des investisseurs étrangers peuvent garder leur titre d'associés au sein des entreprises à investissements étrangers* ». Et selon son article 58, *« le changement de nationalité d'un associé-personne physique n'entraîne pas le changement de la nationalité chinoise de l'entreprise* ».

Par ailleurs, certains règlements locaux dans certaines provinces ont supprimé cette interdiction. C'est notamment le cas de Pékin, Tianjin, Shanghai Pudong et de Chongqing.

[789] Article ___ de la Notification concernant les problèmes issus du renforcement des procédures d'approbation, d'enregistrant, de changes et d'impôt des entreprises à participation étrangère.
[790] Le 10e ordonnance adoptée par Le ministère du commerce en 2006.

Au vu des dispositions citées ci-dessus, l'interdiction pour une personne physique chinoise d'être associés d'une entreprise à investissement étranger n'est pas absolue. En effet, si une entreprise nationale a acquis la qualité d'entreprise à investissement étranger par un mécanisme d'acquisition de la part d'un ou plusieurs investisseurs étrangers, la personne physique chinoise qui est initialement associé de l'entreprise nationale demeure associée de l'entreprise nouvellement à investissement étranger.

2) Concept de la levée du voile social de la société

432. Présentation. La personnalité morale indépendante et la responsabilité limitée des associés des sociétés à risque limité constituent le socle des sociétés contemporaines, et la combinaison des deux principes permet aux investisseurs d'amoindrir les risques encourus de leurs investissements tout en augmentant le profit éventuel. Cependant, cette personnalité morale est également un « porte-bonheur » pour la société, la protégeant contre l'égoïsme éventuel des associés. Lorsque la personnalité morale indépendante de la société et la responsabilité limitée des associés ont été utilisées frauduleusement par un associé, la société peut soulever le voile social de la société (*piercing the corporate veil*), déchirant ainsi l'écran entre la société et l'associé. Cette protection de la société est conçue afin de protéger non seulement la société et les autres associés, mais également l'intérêt public général. En effet, l'utilisation frauduleuse de ses deux mécanismes entraîne des conséquences néfastes sur l'économie nationale.

433. Refus initial de reconnaissance. Antérieurement à la révision de la Loi des sociétés de 2005, il semble que le mécanisme permettant de déclarer une société fictive reposait plutôt sur la recherche d'une irrégularité formelle dans la constitution de la société que sur la recherche d'un dommage causé aux créanciers de la société. La décision *US Minmetals Inc. c. Xiamen United Development Co.*[791] illustre la position de la Cour populaire suprême sur l'abus de la personnalité morale. Dans cette affaire, la société américaine *US Minmetals Inc.*, conclut une série de contrats de vente de marchandises avec une filiale de la société chinoise *Xiamen United Development Co.* La société américaine a exécuté ses obligations contractuelles, ce qui n'est pas le cas de la filiale de la société chinoise. Une sentence

[791] Cour populaire suprême, 4 janvier 2005, *US Minmetals Inc v Xiamen United Development (Group) Co Ltd*, disponible dans "Leading Cases from Chinese Courts", *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, n°1, 1e mars 2008, pp. 257-266.

arbitrale a été rendue contre la filiale, mais il s'est avéré, lors de l'exécution de la sentence, que la filiale était déjà dissoute et liquidée. Ainsi la société américaine a essayé de mettre en œuvre la responsabilité de la société mère[792]. Dans son arrêt du 4 janvier 2005, la Cour populaire suprême a souligné qu'il s'agissait d'une demande de levée du voile social de la société mère chinoise. Dans cette décision, la Cour populaire suprême a commencé par donner le principe de l'autonomie de la personnalité juridique des personnes morales, puis par reconnaître que la procédure de constitution des sociétés en Chine manquait de « contrôle strict et substantiel » qui garantit valablement l'effectivité de la personne morale[793], ce qui donnait lieu à des abus de personnalité sociale, et enfin, donne la définition de ce qu'est un « *abus du privilège de la responsabilité limitée* »[794]. En se fondant sur la définition de l'abus du privilège de la responsabilité limitée et de la reconnaissance de la procédure d'enregistrement laxiste, la Cour populaire suprême a rejeté la demande de la société américaine selon laquelle la société mère devrait être responsable des dettes contractuelles de sa filiale car, « *les faits de l'espèce montre que tant le processus de création que la modification du capital social de U&D Trading ont été approuvés par l'autorité étatique compétente. Minmetals Inc. N'a aucune preuve qui démontre que Xiamen U&D a transféré des biens et s'est soustraite volontairement à ses dettes, ou qui démontre que Xiamen U&U a retiré son capital […]. En conséquence, aucun élément de fait ne permet de contester la personnalité morale de U&U Trading* »[795]. Ainsi, la jurisprudence n'a pas consacré la théorie de levée du voile social.

434. Jurisprudence arbitrale. La théorie de la levée du voile sociale est également utilisée dans les arbitrages internationaux multiparités.[796] L'applicabilité de la doctrine est cependant soumise à la reconnaissance par le droit national auquel est soumise la société. En effet, l'abus de la personnalité morale de la société est sanctionné selon les règles de la *lex*

[792] Chao (X.), "Piercing the Corporate Veil in China: How Did We Get There?", *Journal of Business Law*, n°5, 2011, pp. 413 et s.
[793] *Ibid.*
[794] "*When a shareholder behind the veil of limited liability abuses corporate personality and harms the interests of the company and its creditors, it means in fact that the shareholder divests assets in order to evade debts and establishes a new company with such assets, or the shareholder withdraws his capital investment in a company after it is established, or the shareholder commingles the assets of the company with those of his own, or the shareholder interferes with the business of the company in such an arbitrary manner that the company has no independent operation of its own.*", *in* Cour populaire suprême, 4 janvier 2005, *US Minmetals Inc v Xiamen United Development (Group) Co Ltd*, disponible dans "Leading Cases from Chinese Courts", *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, n°1, 1e mars 2008, pp. 257-266.
[795] *Ibid.*
[796] Kryvoi (Y.), "Piercing the corporate veil in international arbitration", *The Global Business Law Review*, , 2010-2011, vol. 1, p. 169.

societatis, c'est-à-dire la loi qui régit la société. Dans l'affaire *Coating Equipment 2002*[797], les demandeurs, une joint-venture sino-américaine et son associé chinois ont saisi le tribunal CIETAC pour solliciter l'extension de la responsabilité contractuelle à l'associé américain de la joint-venture sur le fondement de la théorie de levée du voile sociale. Dans cette affaire, l'associé chinois a conclu un contrat de joint-venture avec l'associé américain, puis a conclu un autre contrat d'achat d'équipement avec l'associé américain pour le nom d'une filiale commune à constituer. Un litige est survenu dans l'exécution du contrat d'achat d'équipement, l'associé chinois et la joint-venture sino-étrangère ont mis en œuvre la clause compromissoire CIETAC de ce contrat à l'encontre de l'associé américain, sur le fondement de la théorie de la levée du voile social. Le tribunal CIETAC a retenu l'application de la loi des États-Unis au titre de la loi de la nationalité du défendeur (associé américain). Cependant, faute pour les demandeurs d'air rapporter la preuve du contenu du droit applicable, le tribunal arbitre a appliqué le droit du siège, c'est-à-dire le droit chinois. Or, le droit chinois ne comportait pas, avant la révision de la Loi des sociétés en 2005, de disposition relative à l'abus de personnalité morale[798]. Les arbitres ont donc été a amenés à rejeter purement et simplement la demande de levée du voile social.

435. Reconnaissance par le droit positif. La révision de la Loi des sociétés du 27 octobre 2005 a complètement réformé en profondeur le texte datant de 1993, et a introduit le concept de lever du voile social en cas d'abus de personnalité moral. L'article 20§3 de la Loi des sociétés énonce que « *les associés qui, en abusant de l'autonomie de la société en tant que personne morale et de la responsabilité des associés pour échapper à leurs obligations, ont causé des préjudices importants aux créanciers de la société, sont tenus solidairement des dettes de la société* ». Étant une personne morale ayant sa propre personnalité juridique, une société contracte des obligations indépendamment de personnes physiques qui la composent, et est responsable de ses dettes et créances. Ainsi, le droit de gestion de la société doit être distingué du droit de propriété de la société, et le patrimoine de la société est séparé de celui des associés. Les associés jouissent des bénéfices de la société, mais sont également responsables dans une certaine mesure des dettes de la société.

436. Conditions de mise en œuvre. Pour que la personnalité morale de la société soit mise à l'écart (*disregard of corporate personality*, 公司人格否認制度), cinq conditions doivent être

[797] Sentence CIETAC, 15 juillet 2002, *Coating Equipment Case*, disponible sur http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020715c1.html, consulté le 8 juin 2017.

[798] Feng (J.), "Piercing the corporate veil", *China Law & Practice*, février 2001; Albert (B.), "Adressing abuse of the corporate entity in the People's Republic of China: new thought on China's need for a defined veil piercing doctrine", *University of Penn Journal of International and Economic Law*, 2002, 234, 873-897.

remplies : (1) la personne morale doit avoir acquis une personnalité juridique distincte ; (2) l'associé doit avoir effectué une utilisation abusive de la personnalité morale de la société, telle que la confusion des personnalités juridiques, la confusion des patrimoines, ou le contrôle illégitime ; (3) l'acte abusif doit avoir causé un dommage au créancier ou à l'intérêt public général ; (4) le dommage subi par le créancier ou l'intérêt public général doit être la conséquence directe de l'abus de la personnalité morale de la société ; (5) la société doit être en situation d'insolvabilité.

3) Effets des contrats conclus durant la formation sans approbation administrative

437. Sort des apports libérés. Si les contrats qui n'ont pas reçu l'approbation administrative nécessaire sont nuls, qu'en est-il des libérations d'apports effectuées conformément à l'accord de l'EJV ? Selon l'article 6 du règlement d'implantation de la Loi sur les EJV, « l*es EJV établies sur le territoire chinois doivent obtenir l'accord du Ministère du Commerce extérieur et de la coopération économique de la République populaire de Chine (ministère du Commerce). Après l'obtention de l'approbation, le Ministère du Commerce délivre un certificat d'approbation. [Certaines] EJV […] doivent obtenir l'approbation des provinces, régions autonomes, municipalités ou départements qui ont reçu une délégation de la part du conseil des affaires de l'État* ». Ainsi, les EJV doivent obtenir des approbations administratives. Il s'agit d'une exigence d'ordre public. Cependant, conformément à l'article 14 de la Seconde ordonnance explicative de la Cour populaire suprême sur les problèmes d'application de la Loi sur les contrats de la République de Chine, les exigences d'ordre public de l'article 52 (5) de la Loi sur les contrats sont des conditions de validité du contrat. Or, l'obtention de l'approbation administrative n'est pas une condition *ad vididatem* du contrat, mais, constitue une simple condition d'opposabilité du contrat. Ainsi, un accord, un contrat ou les statuts d'une EJV qui n'a pas eu l'approbation de la part de l'autorité compétence restent valables, et devraient être exécutés par les parties qui ont signé l'accord, le contrat ou les statuts. Une fois que l'acte juridique a reçu l'approbation administrative nécessaire, il devient opposable aux tiers.

III. Déroulement de la vie d'une entreprise à participation étrangère

438. Plan. Lorsque l'entreprise est en activité, plusieurs problématiques peuvent survenir. C'est notamment le cas lorsque les associés ne sont pas d'accord sur le mode de fonctionnement de l'entreprise (A), en cas de contestation porte sur la cession de parts sociales (B), lorsque des difficultés naissent en raison de l'exécution d'une convention de prêt-nom (C), en cas de dispute portant sur la gouvernance d'entreprise (D).

A. Mode de fonctionnement de l'entreprise

439. Conseil d'administration. Les décisions concernant les activités de l'entreprise sont prises par le conseil d'administration qui est composé d'au moins trois membres, dont un président. La durée de leur mandat est de 3 ans renouvelable. Ces décisions sont en général prises à la majorité simple, mais les statuts peuvent prévoir des majorités renforcées et, selon la loi, certaines décisions doivent être prises à l'unanimité. Ces décisions sont limitativement énumérées. Il s'agit de la modification des statuts, l'augmentation ou la réduction du capital social, la suspension de l'activité ou la dissolution, les fusions et acquisitions. Toute décision qui implique la modification des statuts nécessite de plus l'approbation des autorités ayant au préalable autorisé la création de l'entreprise. Un directeur général doit être nommé. Celui-ci gère les affaires courantes, sous le contrôle du conseil d'administration. Selon la Loi des sociétés, le représentant légal de l'entreprise peut être soit le président du conseil d'administration, soit le directeur général.

440. Spécificités des WFOE. Les WFOE doivent comporter une assemblée d'investisseurs, dont les règles de fonctionnement sont similaires à celles d'une assemblée d'associés. Un conseil de surveillance doit également être constitué, il ne s'agit pas d'un organe obligatoire pour toutes les entreprises à participation étrangère, mais seulement pour les WFOE. En pratique, de nombreuses autorités d'approbation et d'enregistrement exigent la présence du conseil de surveillance ou d'un surveillant, quelle que soit la structure de l'entreprise. Dans le cas où il n'existe qu'un ou deux investisseurs, il est admis que le conseil soit composé d'un seul ou deux membres.

B. Difficultés liées l'exécution d'une convention prêt-nom

441. Notion. Il est relativement courant qu'un investisseur étranger conclue un contrat de prêt-nom pour effectuer une opération d'investissement en Chine. Le prêt-nom est une convention dissimulée qui permet à une personne de charger une autre personne de faire quelque chose en son mon. En matière d'investissements étrangers, cela fait référence à la convention par laquelle un associé de droit (un gérant en paille) effectue une opération d'investissement au nom d'un investisseur de fait (ou investisseur silencieux). L'investisseur de fait est donc celui qui détient le pouvoir sans en avoir le titre, et l'associé de droit est celui qui a le titre, mais non le pouvoir[799]. Ce prêt-nom n'est ni documenté par l'Administration de l'industrie et du commerce ni mentionné dans les statuts de l'entreprise ou dans le registre des associés. Par conséquent, l'associé de droit, c'est-à-dire l'associé dont le nom est enregistré dans des documents officiels, n'est pas le véritable investisseur (investisseur de fait) de l'entreprise. Conformément au paragraphe 4 de l'article 33 de la Loi des sociétés, « *la société doit faire enregistrer les noms des associés et le montant des contributions en capital des associés par l'autorité d'enregistrement compétente et, en cas de changement, demander une modification. En cas d'absence d'enregistrement, les éléments cités ci-dessus, ainsi que leurs modifications ne sont pas opposables à un tiers* »[800].

442. Fraude à la loi. Les raisons d'être des prêts-noms sont multiples, mais, peuvent être résumées en deux circonstances : 1) la fraude à la loi, c'est-à-dire la soustraction à des dispositions juridiques prohibitives ou restreintes par des moyens de droit. C'est par exemple le cas lorsqu'un investisseur étranger souhaite contourner les restrictions aux investissements étrangers portant sur certains secteurs d'industrie [801] ; 2) contourner légalement les dispositions en matière d'investissement. Par exemple, la soustraction à la restriction du nombre d'investisseurs au sein d'une entreprise [802] ou à des conditions procédurales pour la constitution d'une entreprise [803]; 3) pour que l'investisseur de fait garde son anonymat. Les circonstances ci-dessus ne sont pas concernées par les causes de nullité du contrat de l'article 52 de la Loi sur les contrats.

443. Validité des conventions de prêt-nom. Le Règlement n° 3 sur plusieurs questions relatives à l'application de la Loi des sociétés, adoptée par la Cour populaire suprême

[799] Cozian (M.) et Viandier (A.), *Droit des sociétés*, 3e éd., 1990, n° 1319.
[800] Article 33 de la Loi des sociétés.
[801] Voir le Catalogue d'orientation des industries de l'investissement étranger par les investisseurs étrangers
[802] C'est-à-dire si le nombre d'associés d'une société à risque limité est supérieur à 50, certains des associés doivent confier à d'autres les parts de la société.
[803] C'est-à-dire que les investisseurs étrangers évitent les procédures fastidieuses pour l'établissement d'une entreprise à investissement étranger.

(« Interprétation III de la société ») le 27 janvier 2011, contient des dispositions spécifiques aux conventions de prêt-nom. Son article 25 énonce par exemple que « *dans une société à risque limité, lorsqu'un accord est signé entre un investisseur de fait et un investisseur de droit prévoyant que l'investisseur de fait fait des apports et a la jouissance des droits sociaux et que l'investisseur de droit est apparent, en cas de litige portant sur les effets de cet accord, le tribunal populaire doit reconnaître sa validité* »[804]. Le règlement n° 1 sur plusieurs questions relatives à la procédure judiciaire impliquant des sociétés étrangères, publiées par la Cour populaire suprême (« Interprétation d'investissements étrangers I »), contient également des articles détaillés sur la validité supposée des conventions de prêt-nom au sein des entreprises à participation étrangère.

444. Confirmation des droits des investisseurs de fait. Actuellement, les conflits portant sur la cession de parts ne peuvent être résolus que par un accord conclu entre les parties au litige, par un recours devant le tribunal territorialement compétent ou un recours devant un tribunal arbitral[805]. L'Explication issue du tribunal populaire[806] énonce qu'un tribunal n'est pas compétent pour juger des affaires civiles concernant sur la cession de parts sociales des entreprises à participation étrangère. Ainsi ces les investisseurs ne peuvent ni saisir les autorités administratives ni les autorités judiciaires pour d'obtenir une confirmation portant sur ses droits en tant qu'associé. Cette situation démontre une difficulté procédurale concernant la confirmation des droits des investisseurs de fait. Une partie des auteurs considère que l'utilisation des conventions de prêt-nom constitue un moyen de contourner le système de contrôle et d'approbation. Dès lors, si un investisseur souhaite devenir « apparent » et jouir pleinement de ses droits, il doit passer par une procédure de conformation devant l'administration étatique. L'autre partie de la doctrine considère que le tribunal peut procéder à une confirmation des droits selon le comportement de la partie au litige, puis une fois que l'investisseur étranger obtienne une décision judiciaire en sa faveur, il effectuera une modification auprès de l'administration pour rendre cette confirmation judiciaire officielle. Ces deux opinions contradictoires ignorent toutes les deux la raison principale de la grande quantité de conventions de prêt-nom qui existent : le régime préférencié de taxation sur le revenu des investisseurs étrangers par rapport à celui des investisseurs chinois. Avec la suppression du traitement différentiel, le nombre de

[804] Article 25 des Dispositions de la Cour populaire suprême relatives à certaines questions d'application de la Loi des sociétés, adopté le 6 décembre 2010 lors de la 1504e réunion du Comité judiciaire de la Cour populaire suprême.
[805] 張風翔, *op. cit.,* p. 50.
[806] *Ibid.*

conventions de prêt-noms diminuera. Cependant, la difficulté demeure pour les investisseurs de fait déjà établis, pour lesquels aucune solution n'a été apportée ni par le tribunal, ni par l'administration.

445. Validité des conventions conclues par un investisseur de fait. N'étant pas un investisseur officiel lors de la formation de l'entreprise, les conventions conclues par un investisseur de fait lors de cette phase ne sont pas soumises au contrôle de l'administration et sont ainsi valables par la seule force de la loi. Cependant, le comportement de l'investissement dormant étant clairement effectué frauduleusement dans le but de contourner la loi, il est nécessaire qu'un contrôle ultérieur soit mis en place pour examiner la légalité, et donc la validité des conventions signées lors de la formation de l'entreprise. Il existe deux catégories de prêt-nom : lorsque l'investisseur local est l'investisseur de fait ; et lorsque l'investisseur étranger est l'investisseur de fait. En principe, les prête-noms dans lesquels l'investisseur étranger est dormant sont valables, à condition que ces conventions n'aient pas été conclues dans le but de contourner la loi chinoise. De l'autre côté, les prête-noms permettant aux investisseurs chinois d'être un associé de droit sont habituellement nuls car, toute convention de ce genre est conclue dans le but de bénéficier des traitements fiscaux avantageux accordés uniquement aux investisseurs étrangers. Cette dernière catégorie de prêt-nom nuit donc à l'intérêt public et doit donc être annulée par les autorités administratives.

446. Cession de parts sociales par l'investisseur de fait. Quid si l'associé de droit viole les disposions du prêt-nom, et refuse d'effectuer la cession de parts sociales au nom et pour le compte de l'investisseur de fait ? Ce dernier a-t-il le droit de forcer une cession contre la volonté de l'associé de droit ? Selon certains auteurs, la finalité de l'investisseur étranger de fait est de frauder la loi normalement applicable. Ainsi, la convention de prêt-nom conclue entre l'investisseur de fait et l'associé de droit est réputée nulle et inopposable. Dans tel cas la cession de parts par l'associé de droit à une personne tierce nécessiterait une procédure de rectification des statuts auprès de l'administration d'enregistrement compétente[807]. Selon d'autres auteurs, le prêt-nom conclu entre l'investisseur de fait et l'associé de droit ne contrevient à aucune disposition législative ou réglementaire, et devrait donc être opposable aux tiers. L'investisseur de fait pourrait donc contraindre l'associé de droit de transférer les parts à un tiers en apportant la preuve du prête-nom précédemment conclu.

[807] 張風翔, *op. cit.,* p. 51.

Cette question d'ordre théorique est résolue de façon plus facile dans la pratique. En effet, il n'est pas réaliste d'exiger que les signataires de la convention de porte-nom réalisé une modification des statuts de la société auprès de l'administration d'enregistrement car, dans la pratique, l'associé de droit qui refuse de céder les parts sociales à un tiers refuserait également de procéder à une modification auprès de l'administration. Parallèlement, un associé de droit qui accepterait de procéder à une rectification auprès de l'administration pour que la cession de parts sociales à un tiers soit valable effectuerait lui-même le transfert. En réalité, la raison principale pour laquelle un investisseur étranger conclu une convention prête-nom est de rester discret dans le monde des investissements étrangers en Chine ou pour simplifier la procédure administrative d'approbation, et non pas pour contourner aux prohibitions de la loi. Dans ces deux hypothèses, le prêt-nom n'est pas punissable. Ainsi, il est préférable de considérer le prêt-nom comme un mandat car, il serait non seulement inutile, mais également redondant que l'associé de droit et l'investisseur de fait effectuent une rectification auprès de l'administration en cas de refus du premier de transférer les parts à un tiers.

447. Restitution de l'apport à l'investisseur de fait. Se pose la question de savoir comment l'investisseur de fait peut regagner son titre de propriété la participation et reprendre sa participation au sein d'une entreprise à participation étrangère. Si à la simple demande de l'investisseur de fait, l'entreprise à participation étrangère devait lui restituer directement son apport initial, cela causerait des préjudices non seulement à l'intérêt social de la société, mais également à ceux des associés et des créanciers de la société. Cette situation est d'autant plus compliquée lorsque le prêt-nom n'a pas été conclu sous forme écrite. Dans ce dernier cas, aucun fondement juridique ne pourrait justifier une telle cession de parts sociales.

Un investisseur étranger peut conclure un prêt-nom avec un associé de droit. La question relative à l'identité des contractants d'un prête-nom est liée à celle de savoir qui est le donneur d'ordre, et qui est celui qui reçoit directement l'investissement et qui s'est engagé auprès du donneur d'ordre. Lorsque l'associé de droit ne respecte pas ses engagements contractuels vis-à-vis de l'investisseur de fait, ce dernier est en droit de forcer l'exécution de ses ordres, conformément au prêt-nom, ou de demander la restitution de son apport. Si l'associé de droit persiste dans son refus d'exécuter l'ordre donné par l'investisseur de fait, ce dernier peut mettre en œuvre la responsabilité contractuelle de l'associé de droit et obtenir la restitution de son apport initial. Cependant, si en raison de cette restitution, l'entreprise à participation étrangère se trouve dans l'incapacité de faire face à ses dettes, la société peut mettre en œuvre la responsabilité des parties à la convention de prêt-nom, sans pour autant

interdire la restitution de l'apport initial à l'investisseur de fait. En effet, le principe de l'intangibilité du capital social ne s'applique qu'aux investisseurs enregistrés d'une société, et non pas aux investisseurs de fait afin de protéger les intérêts de ses derniers et de respecter les prêts-noms valablement conclus entre les parties.

Dans la pratique, lorsque l'investisseur de fait demande la restitution de son apport, il demande également que la perte de son revenu de placement lui soit dédommagée[808]. Si le juge considère que le prêt-nom est valablement conclu entre les parties et qu'il ne viole aucune disposition législative ou réglementaire en vigueur, la demande de restitution de l'apport initial serait en réalité une demande de résiliation de la convention de prêt-nom[809]. Ainsi, le calcul pour le remboursement du revenu de placement s'effectuerait conformément aux dispositions de la convention de prêt-nom. Cependant, si le juge considère que la convention de prêt-nom est nulle et inopposable, outre la restitution de l'apport à l'investisseur de fait, le calcul de la perte du revenu de placement se ferait conformément à la situation financière de la société. Et si la convention de prêt-nom a été conclue dans le but de frauder à la loi normalement applicable ou d'obtenir des avantages indus, le juge prononcera la restitution de l'apport, mais n'examinera que la demande de remboursement de la perte éventuelle du revenu de placement subi par l'investisseur de fait.

448. Jurisprudence *Zhang Xiao-Feng et autres contre Wang Jia-Ke et Wang Jia-Ming*. Dans une Décision récente du 30 juin 2014, la Cour supérieure de Shanghai s'est prononcé sur la légalité d'un contrat de prêt-nom concernant une EJV et sur les conséquences de la nullité d'un contrat de prêt-nom. En l'espèce, un « contrat d'investissement conjoint » (聯合投資協議書) conclu le 27 juillet 1992 stipulait que les signataires de nationalité chinoise (A, B, C, D, E, F) prévoyaient de former une EJV avec deux sociétés chinoises. Conformément au contrat, la société hongkongaise Longtry, dirigée par E, agirait au nom et pour le compte des 6 signataires du contrat. Un contrat d'EJV a été conclu le lendemain entre les deux sociétés chinoises et la société hongkongaise Longtry. Selon le contrat d'EJV, Longtry détenait 36 % du capital social de l'EJV, ce qui voudrait dire que chacun des signataires du contrat d'investissement conjoint détiendrait 6 % du capital social de l'EJV. La libération du capital social a été effectuée par la suite, la distribution des dividendes a eu lieu pour l'année 1995 conformément à la résolution du Conseil d'administration de l'EJV. Le 18 février 2001, une augmentation du capital social a été votée par les associés de l'EJV et un

[808] *Ibid.*
[809] *Ibid.*

avenant du contrat d'EJV a été conclu. L'augmentation n'a pas modifié le pourcentage détenu par chacun des associés, et a été effectuée avec les bénéfices des années 1999 et 2000 de l'EJV. Le 24 janvier 2005, une cession de parts a eu lieu, ce qui a permis à la société hongkongaise Longtry de devenir l'associé majoritaire avec 42 % des parts. Le 15 avril 2005, les associés autres que la société Longtry publient un rapport dans lequel elles annoncent qu'elles n'ont pas connaissance de l'existence d'un quelconque investissement dormant au sein de l'EJV et qu'elles ne donnent pas leur accord pour un tel investissement.

Les signataires du contrat d'investissement conjoint saisissent la juridiction chinoise pour intenter une action contre E et la société Longtry car, ils considèrent que E a manqué à son obligation contractuelle de distribution des dividendes, et demandent au juge de prononcer la résiliation du contrat d'investissement conjoint. Ils demandent également au juge de d'allouers de dommages-intérêts pour le manque à gagner. E forme une demande reconventionnelle et demande la nullité du contrat d'investissement conjoint et la restitution des dividendes distribués aux demandeurs en 1995. Se pose la question de savoir si une convention de prêt-nom ayant pour but de contourner la législation nationale est valable et quelles sont les conséquences de la nullité d'une telle convention.

Dans un arrêt du 10 juin 2013, la Cour d'appel confirme la décision du premier degré et considère que le contrat d'investissement conjoint n'est pas un avant-contrat d'investissement, mais une convention de prêt-nom par laquelle les signataires ont donné mandat à la société Longtry d'investir à leur compte. Ainsi Longtry n'est qu'un simple dépositaire et n'a jamais été propriétaire des dividendes. Il ne peut donc pas demander la restitution desdits dividendes qui ne sont jamais entrés dans son patrimoine propre. De surcroît, pour ce qu'il s'agit d'un contrat de dissimulation d'identité des investisseurs ayant pour but de contourner frauduleusement l'interdiction aux personnes physiques de nationalité chinoise d'être associés d'une EJV, le contrat est nul conformément aux points 3 et 5 de l'article 52 de la Loi sur les contrats, et aucuns dommages et intérêts ne peuvent être versés sur le fondement d'un manquement à une obligation contractuelle. Puis, concernant la demande de restitution des dividendes qui ont été distribués en 1995, la Cour énonce qu'en cas de nullité contractuelle, le principe du droit civil prévoit la restitution des biens entre les parties et la réparation de préjudice subi en raison de la nullité. En l'espèce, les bénéfices que les signataires du contrat d'investissement conjoint ont perçus dépassent la somme de leur investissement initial, les demandeurs n'ont donc subi aucun manque à gagner. Cette décision a été confirmée en appel le 10 juin 2013, puis en cassation par la Cour supérieure de Shanghai le 30 juin 2014.

C. Gouvernance d'entreprise des entreprises à participation étrangère

449. **Définition**. La gouvernance d'entreprise (*corporate governance,* 公司治理), un terme apparu en France en Chine au cours des années 1990 et en Chine dans les années 2000, désigne le système formé par l'ensemble des processus, réglementations, lois et institutions destinés à cadre la manière dont l'entreprise est dirigée, administrée et contrôlée[810]. Le système de gouvernance d'entreprise est considéré comme étant nécessaire pour le bon fonctionnement d'une société car, il est communément admis que les difficultés portant sur la gestion d'une société ne peuvent pas être résolues par la simple conclusion de conventions. L'objectif de la gouvernance non seulement d'augmenter l'effectivité de la société, mais également de maintenir, du moins en théorie, les intérêts des principales parties prenantes que sont les associés majoritaires, les dirigeants, les prêteurs, les associés minoritaires, les salariés, les fournisseurs, les clients et les autres individus ayant un lien quelconque avec la société[811]. De façon plus étroite, ce terme est utilisé pour désigner l'articulation entre les associés et la direction de la société, et donc principalement le fonctionnement du conseil d'administration et du conseil de surveillance[812].

Concernant la résolution des difficultés rencontrées par la gouvernance d'entreprise, chaque État adopte des solutions différentes en raison des spécificités juridiques, culturelles, sociales, économiques et politiques. En Chine, la gouvernance d'entreprise n'est pas encore un système très développé en raison de la concentration des pouvoirs décisionnels et de gestion au sein d'une société et de l'absence de protection des intérêts des associés minoritaires[813]. Les dispositions de la Loi des sociétés résolvent majoritairement les conflits qui surviennent entre l'Assemblée des associés, le conseil d'administration et le conseil de surveillance.

1) Encadrement de la gouvernance d'entreprise par la Loi des sociétés

[810] Ibrahim (J.). "Investor protections and economic growth", *Economics Letters*, 2008, vol. 103, n°1, pp. 1-4, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1112143, consulté e 7 octobre 2016.
[811] 苗狀, "美國公司治理：理論與實務", *中國民商法濾網*, 8 janvier 2008. Disponible en chinois sur http://www.jcrb.com/xueshu/zt/200806/t20080613_22901.html, consulté le 7 octobre 2016.
[812] "Gouvernance", Lexique financier, *Les Échos*, disponible sur https://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/definition_gouvernance.html, consulté le 7 septembre 2016.
[813] 劉俊海, "新公司法的制度創新", *法律出版社*, 2006, p. 356.

450. Pouvoir de direction des associés. L'assemblée générale annuelle d'une société est soumise à un formalisme précis afin, notamment, de protéger les associés minoritaires. Certaines règles doivent donc être respectées sous peine de sanction. L'article 41 de la Loi des sociétés prévoit le mode de convocation et de présidence de l'assemblée générale. En effet, « *les réunions de l'assemblée générale des associés d'une société à risque limité dotée d'un conseil d'administration dont convoquées par ce dernier et présidées par le président du conseil […]. Les réunions de l'assemblée générale des associés d'une société à risque limité dépourvue de conseil d'administration sont convoquées et présidées par l'administrateur exécutif* ». Ainsi, il n'appartient pas au pouvoir judiciaire d'intervenir dans l'organisation des Assemblées générales ordinaires ou extraordinaires. Si la convocation ou la présidence n'a pas été organisée conformément à l'article ci-dessus, dans le but d'assurer le bon fonctionnement de la société, les associés peuvent saisir le juge populaire pour contester la validité d'une résolution en assemblée générale dans un délai de 60 jours à compter de l'adoption de la résolution[814].

451. Protection des intérêts de la société. Selon l'article 20 de la Loi des sociétés, « *les associés doivent respecter les lois et les règlements ainsi que les statuts de la société, exercer leurs doits conformément à la loi il leur est interdit d'abuser de leurs prérogatives pour porter atteinte à l'intérêt social de la société ou à ceux d'autres associés, et d'abuser de l'autonomie de la société en tant que personne morale et de la responsabilité limitée des associes pour porter atteinte aux inters des créanciers de la société. Les associés sont tenus de réparer les préjudices causés par suite d'abus de leurs prérogatives à la société ou aux autres associés, conformément à la loi* ». L'article 149 liste les activités qui sont interdites aux administrateurs et cadres supérieurs de la société, parmi lesquelles se trouvent le détournement de la société, le prêt des fonds de la société à des tiers, la conclusion des contrats avec la société en violation des statuts ou sans l'accord de l'assemblée générale. Dans tels cas, « *les revenus obtenus par les administrateurs et cadres supérieurs en violation des dispositions [de l'article 149] doivent revenir à la société »*. Enfin, l'article 150 énonce que « *les administrateurs, les genres du conseil de surveillance, les cadres supérieurs qui ont transgressé les lois et règlements ou les statuts de la société dans l'exercice de leurs fonctions, causant ainsi un préjudice à la société, sont tenus de le réparer* ». Dans la pratique, les litiges principaux portant sur la gouvernance des entreprises concernent les transactions commerciales conclues grâce aux liens privilégiés d'un associé spécifique.

[814] Article 22§2 de la Loi des sociétés.

452. Abus de liens privilégiés. L'article 21 de la Loi des sociétés prévoit l'interdiction pour l'associé majoritaire, c'est à dire l'associé « *qui détient plus de 50 % du montant total du capital social d'une société à risque limité ou d'une société par actions et ceux qui ne détiennent pas 50 % du montant total du capital social, mais suffisamment de parts ou de droits de vote attachés a leurs actions pour exercer une force influence sur les décisions de l'assemblée générale des associés* », la personne ayant le contrôle effectif de la société, les membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance, les cadres supérieurs de la société d'abuser de leurs liens privilégiés pour porter atteinte aux inertes de la société[815]. Se pose la question de savoir quels sont ces liens privilégiés. L'article 217 (4) de la Loi des sociétés énonce que « *les "liens privilégiés" décident les liens entre un associé majoritaire, une personne ayant le contrôle effectif de la société, un des dirigeants, un des membres du conseil de surveillance ou des cadres supérieurs d'une société d'une part, et une entreprise contrôlée directement ou indirectement par ces personnes d'autre part, ainsi que tous autres liens qui peuvent donner lieu à un détournement des intérêts de la société* ». Ainsi, le terme de « lien privilégié » utilisé par le droit chinois remplace en réalité la notion classique occidentale de « conflit d'intérêts ». En général, il existe deux catégories de conflits d'intérêts : la première est entre le dirigeant ou le cadre supérieur et la société, et la seconde influe sur l'intérêt social de la société.

Concernant la première catégorie, il s'agit du cas où le dirigeant ou le cadre supérieur, en raison de son pouvoir décisionnel ou de son influence au sein de la société, abuse du lien particulier direct qu'il entretient avec la société pour des opérations personnelles. C'est notamment le cas où la société accorde un prêt à l'associé ou lorsque la société devient garant du dirigent ou du cadre supérieur. La seconde catégorie désigne le cas où le lien particulier entre le dirigeant et la société donne lieu à un détournement des intérêts de la société. C'est le cas lorsqu'un associé est dirigeant au sein de deux sociétés différentes, et utilise son pouvoir ou sa connaissance au sein d'une des deux sociétés au bénéfice de l'autre société[816]. Pour qu'un acte d'un dirigeant soit sanctionné au titre de l'article 21 de la Loi des sociétés, deux éléments doivent être réunis. En effet, le tribunal doit d'abord constater un « *abus du lien privilégié* », puis vérifier que cet abus ait bien « *porté atteinte à l'intérêt social de la société* ». La condition sur l'abus du lien privilégié ne pose pas de problèmes dans la pratique. Cependant, l'atteinte à l'intérêt social de la société est appréciée souverainement par le juge,

[815] Article 21 de la Loi des sociétés.
[816] 施天濤, "我國公司法上關聯交易的皈依及法律規制", *中國法學*, 2007, vol. 6, pp. 126-140.

qui base son évaluation sur de nombreuses données de la société victime d'un tel abus, notamment sur l'appréciation de la corrélation entre les dépenses et les bénéfices : si le lien entre les bénéfices et les dépenses de la société ne suit pas une logique raisonnable, le juge peut considérer que le dirigeant ou le cadre supérieur qui a entrepris l'opération litigieuse a porté atteinte à l'intérêt social de la société.

453. Action dérivée des associés. Lorsqu'un dirigeant ou un cadre supérieur porte atteinte à l'intérêt social de la société, la société peut demander à ce que la responsabilité de l'associé, du dirigeant ou du cadre supérieur soit mise en œuvre. Cependant, lorsque l'associé majoritaire, le dirigeant ou le cadre supérieur est celui qui détient le pouvoir décisionnel de la société, il est objectivement impossible pour que la responsabilité du fautif soit engagée. Afin de remédier à cette situation d'impunité, la jurisprudence anglaise et américaine a créé le mécanisme d'action dérivée des associés (*shareholder derivative suit*), avec les arrêts *Foss v Harbottle* (1843) 67 ER 189 de la Cour de la Chancellerie britannique, et *Shaffer v. Heitner*, 433 US 186 (1977) de la Cour suprême des États-Unis. Ce mécanisme d'action dérivée des associés permet à un associé d'intenter une action en justice au nom de la société. En général, un associé ne peut intenter cette action que lorsque la société a un motif valable pour une telle action, mais que la société refuse de saisir le pouvoir judiciaire. Cela se produit souvent lorsque le défendeur a des « liens privilégiés » avec la société, telle qu'un dirigeant ou le président de la société. Si cette action est acceptée par le juge, la procédure judiciaire sera ensuite menée par la société, et non pas l'associé qui a intenté l'action au nom de la société[817]. L'action dérivée des associés consiste à faire d'une pierre deux coups : elle permet aux associés de protéger l'intérêt social de la société, et d'assurer que les dirigeants, présidents et cadres supérieurs de la société exercent leur fonction en dans l'intérêt social de la société.

En Chine, cette action dérivée est prévue par l'article 152 de la Loi des sociétés, qui énonce que « *lorsque des administrateurs ou des cadres supérieurs se trouvent dans la situation prévue à l'article 150 de la présente loi, les associés, si la société est une société à risque limité […], peuvent demander par écrit au conseil d'administration, à défaut à l'administrateur exécutif de saisir le tribunal populaire. Lorsque le conseil de surveillance, à défaut les surveillants, ou le conseil d'administration, à défaut l'administrateur exécutif, refuse de saisir le tribunal populaire après avoir reçu la demande écrite des associés prévus à l'alinéa précédent, ou n'a pas saisi le tribunal populaire dans les trente jours suivant la*

[817] "Shareholder Derivative Suit", *Legal Information Institute,* Cornell Law School, disponible sur https://www.law.cornell.edu/wex/shareholder_derivative_suit, consulté le 6 octobre 2016.

réception de la demande, ou s'il y a urgence et que la société est exposée à des préjudices irréparables en l'absence d'une telle action en justice immédiate, les associés susmentionnées peuvent saisir directement le tribunal populaire en leur nom afin de protéger l'intérêt social de la société ». Pour ce faire, deux conditions doivent être respectées : 1) l'associé qui intente l'action en justice doit, au moment du dépôt de la requête, détenir au moins 1 % des parts de la société et 2) l'associé doit démontrer qu'il a déjà effectué un recours interne, et que le conseil d'administration ou le conseil de surveillance ont refusé de porter l'action au nom de la société. Ainsi, s'il est établi que le dirigeant ou le cadre supérieur n'ait pas agi loyalement envers la société, et a porté atteinte à l'intérêt social, le dirigeant ou le cadre supérieur verserait des dommages et intérêt à la société. Le dirigeant condamné peut être exonéré de sa responsabilité s'il démontre que son acte a pour fondement une résolution de l'assemblée générale des associés. De plus, le tribunal doit prendre en compte la règle de l'appréciation commerciale (*business judgment rule*)[818] lorsqu'il apprécie la responsabilité du dirigeant ou du cadre supérieur, afin de ne pas faire sanctionner les risques habituels inhérents à la nature de la fonction du dirigeant ou du cadre supérieur. En effet, la mission principale des dirigeants est de prendre des risques afin d'augmenter le profit de la société. Ainsi, ce n'est pas parce qu'un dirigeant prend des risques élevés avec la société, et que ce risque s'est réalisé qu'il n'a pas agi dans l'intérêt social de la société. Il faut donc éviter de sanctionner un dirigeant qui agit dans le cadre de son devoir et de la bonne foi pour ne pas dissuader les dirigeants à prendre des risques ultérieurement.

2) Difficultés pratiques spécifiques aux entreprises à participation étrangère

454. Spécificité des entreprises à participation étrangère. La spécificité essentielle des joint-ventures sino-étrangères[819] par rapport aux sociétés chinoises de droit commun est son internationalité, ce qui rend la gouvernance d'entreprise plus complexe. Outre la nature internationale des joint-ventures, d'autres éléments caractérisent la spécificité des litiges concernant la gouvernance d'entreprise. En effet, outre les conflits culturels entre associés, existe également d'autres facteurs, tel que la concentration du pouvoir de contrôle et la

[818] Un Principe juridique qui exempte le dirigeant social de toute responsablité vis-à-vis de la société, concernant toute perte réalisée lors des opération entreprises par la société, si l'opération en cause relève de sa compétence, et s'il démontre que l'opération a été effectuée en bonne foi. Définition disponible en anglais sur https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Business+Judgment+Rule, consulté le 7 octobre 2016.
[819] Nous excluons les WFOE car, ces dernières sont contrôlées par des investisseurs de nationalité étrangère. Ainsi, il n'y a pas de conflit culturel comme dans les joint-ventures sino-étrangères.

résidence étrangère de l'associé étranger, ce qui explique la raison pour laquelle les Lois sur les entreprises à participation étrangère prévoient un régime différent de celui des sociétés chinoises de droit commun.

455. Organisation du Conseil d'administration. Selon les dispositions de la Loi des sociétés, l'assemblée des associés est l'organe ultime de contrôle des sociétés à risque limité. Chaque décision de la société doit être votée à la majorité simple ou absolue de cette l'assemblé, et chaque associé détient un nombre de votes qui est équivalent à son pourcentage de participation au sein du capital social. Ce régime n'est pas celui qui est prévu pour les entreprises à participation étrangère. En effet, l'organe décisionnel suprême d'une entreprise à participation étrangère n'est pas l'assemblée des associés, mais le conseil d'administration. Selon les dispositions législatives et réglementaires applicables aux entreprises à participation étrangère, la nomination des membres du conseil de dépend pas du nombre de parts détenu par chacun des associés car, l'attribution du nombre de membres du conseil d'administration peut être prévue par contrat entre les associés. Au sein du conseil d'administration, chaque dirigeant détient un nombre de voix égal pour chaque vote, peu importe le nombre de parts qu'il détient au sein de la société. Aucune disposition ne prévoit le mode de convocation des membres du conseil d'administration. Cependant, l'article 32 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV énonce que « *Le conseil d'administration se réunit au moins une fois par an. La réunion est convoquée et présidée par le président du conseil d'administration. Lorsque le président n'est pas en mesure de convoquer et de présider le conseil, il autorise le vice-président ou un autre dirigeant à convoquer et à présider la réunion. Le président peut réunir le conseil exceptionnellement si plus d'un tiers des dirigeants en demandent. Pour délibérer valablement, une réunion du conseil, un quorum minimum de deux tiers des dirigeants doit être respecté. Lorsqu'un dirigeant n'est pas en mesure d'y assister, il doit faire une procuration autorisant une autre personne à le représenter et à voter en son nom* ». Ainsi, le pouvoir de convocation et la présidence des réunions appartiennent au président du conseil d'administration. Ce n'est que lorsque le dirigeant « *n'est pas en mesure de convoquer et de présider le conseil* » que ces deux pouvoirs sont transmis au vice-président du conseil. Dans la pratique, puisque les dispositions législatives et réglementaires n'imposent pas une obligation au président du conseil d'administration de convoquer les membres du conseil pour une réunion annuelle ou extraordinaire, il arrive que ce président abuse de son pouvoir, et retarde la convocation de la réunion annuelle, voire refuser la demande de réunion extraordinaire des autres membres du conseil. En effet, selon le Règlement, ce pouvoir de convocation appartient au président

du conseil, sauf s'il « *n'est pas en mesure* » d'effectuer une telle convocation. C'est-à-dire si le président ne convoque pas les membres du conseil, mais qu'il est en mesure de le faire, ce pouvoir ne peut pas être exercé par une autre personne que lui, et les autres membres ne peuvent rien faire contre l'inaction du président. Cela pourrait créer une situation de blocage au niveau de la gouvernance d'entreprise, entraînant éventuellement la dissolution de la société.

456. Garantie de l'intérêt social. Au sein d'une société de droit commun, l'intérêt des la société est garantie par l'assemblée générale des associés. Les décisions sont adoptées par l'ensemble des associés, et le vote de chaque associé est proportionnel à la quotité du capital que représente chaque action détenue par l'associé. Ainsi, une décision ne peut être prise qu'à la majorité des actions de la société, et les associés minoritaires ne pourront donc pas faire imposer leur voix. Contrairement aux sociétés de droit commun, les intérêts d'une joint-venture sino-étrangère sont garantis par le conseil d'administration, les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés, peu importe le nombre de parts détenu par chaque membre. Ainsi, le président d'une joint-venture sino-étrangère, s'il est un associé minoritaire en raison de l'éloignement géographique de l'associé majoritaire, peut concrètement agir contre la volonté de l'associé majoritaire en assurant la présidence du conseil d'administration. La situation se complexifie lorsque ce même PDG décide d'établir une autre société dans le même domaine que la joint-venture, ce qui porte directement atteinte à l'intérêt social de la joint-venture sino-étrangère. Dans cette situation, l'associé majoritaire pourrait tenter de réunir le conseil d'administration, mais il suffit que l'associé minoritaire, qui est également président du conseil d'administration, démontre qu'il n'est pas dans « l'incapacité d'assurer ses fonctions », et refuse la réunion du conseil demandée par l'associé majoritaire. En effet, il s'agit d'un cas qui n'est pas prévu par les dispositions législatives et réglementaires portant sur les joint-ventures sino-étrangères, ce qui est une des sources principales de nombreux conflits de gouvernance d'entreprise entre les associés d'une joint-venture sino-étrangère.

457. Changement de dirigeant demandé par l'associé étranger. Si l'associé étranger souhaite modifier un dirigeant du conseil d'administration, préalablement à une procédure d'inscription auprès de l'administration étatique de l'industrie et du commerce, il doit obtenir la signature du représentant légal de l'entreprise à participation étrangère. Cependant, lorsque les associés sont en conflit, il est rare que l'investisseur étranger obtienne la signature du représentant légal, rendant impossible l'inscription de la modification auprès de l'administration étatique de l'industrie et du commerce. Face à cette situation se pose la

question de savoir si l'associé étranger devra intenter une action contre le président du conseil d'administration ou contre la société.

Au sein d'une joint-venture sino-étrangère, les associés jouissent d'une prérogative, qui est celle de désigner et de changer les dirigeants qui composent le conseil d'administration. Cependant, si la demande de changement de composition du conseil d'administration soumise par l'associé étranger a été validée par un vote du conseil d'administration, mais que le président du conseil refuse de mettre en œuvre le changement voté, le tribunal ne pourra pas contraindre le président du conseil à exécuter la résolution du conseil d'administration sur le changement de dirigeant. En effet, le tribunal ne pourra qu'examiner la responsabilité de la société et ordonner la modification votée au conseil d'administration. Si l'associé chinois remet en cause la validité de la modification d'un dirigeant effectuée par l'investisseur étranger, le tribunal devra vérifier la validité de la résolution du conseil d'administration qui a autorisé cette modification de la composition du conseil d'administration.

458. Pouvoir du représentant légal. En cas de changement de représentant légal de la société, et avant la procédure d'enregistrement auprès de l'administration compétente, le représentant légal désigné peut-il directement agir en tant que représentant légal de la société à la place du représentant légal initial, inscrit sur la licence d'affaires de la société ? Si la réponse est négative, si un associé, qui est aussi le représentant légal de la société, cède la totalité de ses parts à une personne tierce, est-ce que durant la période entre la cession et l'enregistrement administrative, il peut agir en tant que représentant de la société conformément à la licence d'affaires ? En effet, dès la cession de parts, l'investisseur perd son titre d'associé et de ses prérogatives attachées à ses parts. Cependant, si selon l'administration chinoise, il est toujours le représentant légal de la société, il pourrait donc prendre des décisions au nom de la société. Ce qui causerait des problèmes s'il est de mauvaise foi et décide d'agir à l'encontre de l'intérêt social. Ainsi, comment protéger l'intérêt social ?

La raison de l'existence de cette difficulté réside dans l'incapacité du droit chinois et des autorités administratives, voire de la culture juridique chinoise, à encadrer la gouvernance d'entreprise au sein des entreprises à participation étrangère. En effet, selon la culture juridique de la Chine, la détention du sceau officiel (公章) d'une entité (privée ou publique) concrétisation de la reconnaissance officielle du statut dominant du détenteur au sein de cette

entité[820]. En effet, la détention du sceau prévaut que l'identité de la personne[821]. Cette vision ancrée dans la culture juridique chinoise explique pourquoi sur tout document officiel d'une personne morale ou privée, l'apposition du sceau est aussi importante que la signature[822]. Le droit chinois renforce cette conception en prévoyant que le représentant légal d'une société est celui qui détient le sceau officiel de la société. Cependant, contrairement à la conception de la tradition juridique, le droit chinois énonce également que la signature du représentant sur un acte de la société suffit à valider cet acte. Quid de la situation dans laquelle le sceau n'est pas détenu par le représentant légal de la société ? Il s'agit de la situation délicate de « deux tigres dans même une montagne » (一山二虎)[823] susceptible d'entraîner non seulement un désordre au sein de la société, mais également un jeu de pouvoir entre le représentant légal supposé et le détenteur du sceau. Pour résoudre ce conflit deux solutions sont possibles : soit d'opter pour la conception de la tradition juridique sur l'importance du sceau officie, soit de choisir pour la vision occidentale qui met l'accent sur la reconnaissance de l'identité du représentant légal. Concernant le débat sur l'exercice du pouvoir du représentant légal qui a transféré la totalité de ses parts, une solution pratique peut être apportée : au sein de la société, le représentant légal est celui qui est nommé par le conseil d'administration qui a voté sur la cession des parts sociales. Le statut social prévaut, peu importe l'identité de celui qui détient le sceau. Concernant les relations que la société entretient avec les personnes tierces à la société, le représentant légal est celui qui est le détenteur du sceau, conformément à la tradition juridique chinoise. Il est donc primordial de procéder à la modification auprès de l'administration pour que le sceau soit transmis au nouveau représentant légal, et pour que l'ancien représentant légal de la société perde son statut aux yeux des tiers.

459. Action dérivée des associés. Au sein d'une joint-venture, il n'est pas rare qu'un dirigeant ou un cadre supérieur utilise son pouvoir décisionnel pour des fins personnelles, évinçant ainsi un associé de la joint-venture et portant non seulement atteinte à l'intérêt social, mais accessoirement aux intérêts de l'associé évincé. L'associé évincé peut-il assigner le dirigeant ou le cadre supérieur fautif en justice au nom de la société ? Contrairement aux sociétés de droit commun, les joint-ventures sino-étrangères ne disposent en principe que de deux associés (un associé étranger et un associé local), l'action dérivée

[820] 張風翔，*op. cit., p. 85.*
[821] *Ibid.*
[822] *Ibid.*
[823] Situation contraire à l'idiome chinoise "*une montagne ne peut pas cacher deux tigres*" (一山不藏二虎) qui explique impossibilité pour deux chefs d'être sur le même territoire. Ou, dans cadre de la gouvernance d'entreprise, impossibilité d'avoir deux représentants légaux au sein de la même société.

au sein d'une entreprise à participation étrangère est en réalité une action d'un associé contre un autre.

La Cour populaire suprême apporte une solution dans la « *Réponse de la Cour populaire suprême aux questions portant sur les litiges contractuels économiques, les conflits d'intérêts entre l'associé étranger et un fournisseur, et le fait de savoir au nom de qui l'associé chinois peut formuler un recours judiciaire* »[824], et prévoit que « *lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre l'associé ayant le contrôle de l'EJV et un cocontractant, et que le cocontractant n'exécute pas un contrat passé avec l'EJV et que l'EJV ne saisit pas le tribunal populaire, l'autre associé peut intenter une action dérivée au nom de l'EJV* »[825]. Un associé peut donc intenter une action contre un cocontractant de la joint-venture sino-étrangère au nom la joint-venture en cas d'inaction de cette dernière. Conformément à l'article 152 de la Loi des sociétés, la Réponse de 1994 ne devrait pas concerner uniquement les actions contre les personnes tierces à la société, mais devrait également inclure les actions dérivées intentées contre un dirigeant ou un cadre supérieur de la joint-venture. En effet, la Loi des sociétés ajoute à l'article 218 que « *la présente loi est applicable aux sociétés à risque limité […] comportant des investissements étrangers sans préjudice des dispositions législatives spécifiques concernant les investissements étrangers* »[826]. Par conséquent, concernant les actions dérivées d'un associé d'une entreprise à participation étrangère, l'article 152 de la Loi des sociétés s'applique, au même titre que les actions dérivées des associés d'une société de droit commun.

460. Affaire *Canopus c. Huang Zi-Long*[827]. Dans un arrêt du 11 mars 2008, le juge de la première cour intermédiaire de Shanghai a été saisi d'une demande concernant la gouvernance d'entreprise d'une EJV et la validité d'une action dérivée intentée par un associé contre le dirigeant de l'EJV. En l'espèce, la société japonaise Canopus avait signé un contrat d'EJV avec les ressortissants chinois Hong Liang-Lu (HLL), Huang Zi-Long (HZL) et Song Hui-Tong (SHT) en septembre 2002. Selon les statuts de la société, le Conseil

[824] *Réponse de la Cour populaire suprême aux questions portant sur les litiges contractuels économiques, les conflits d'intérêts entre l'associé étranger et un fournisseur, et le fait de savoir au nom de qui l'associé chinois peut formuler un recours judiciaire* du 4 novembre 1994 ("最高人民法院关于中外合资经营企业对外发生经济合同纠纷，控制合营企业的外方与卖方有利害关系，合营企业的中方应以谁的名义向人民法院起诉问题的复函"), disponible en chinois sur http://www.people.com.cn/zixun/flfgk/item/dwjjf/falv/9/9-1-4-01.html, consulté le 6 octobre 2016.

[825] *Ibid.*

[826] Article 218 de la Loi des sociétés.

[827] Décision de la première Cour intermédiaire de Shanghai du 11 mars 2008, *Canopus c. Huang Zi-Long*, disponible sur http://www.law-lib.com/cpws/cpws_view.asp?id=200401274905, consulté le 7 juillet 2017.

d'administration était l'organe suprême décisionnaire de l'EJV et comprenait 3 administrateurs. Canopus a nommé 2 administrateurs, et HZL s'est nommé administrateur et président du Conseil d'administration. Le conseil s'est réuni annuellement, et les réunions extraordinaires étaient possibles si deux administrateurs du conseil en faisaient la demande. Les trois administrateurs du Conseil d'administration ont désigné conjointement SHT en tant que représentants légaux de l'EJV.

Le 17 juin 2004, HZL a convoqué les deux autres administrateurs du conseil d'administration pour une réunion qui eu lieu le 9 juillet 2004, pour discuter de la distribution des gains de l'année 2003 et de la direction de l'entreprise pour les années suivantes. Le jour de la réunion du conseil d'administration, les deux autres administrateurs se font représenter par des mandataires, et ces derniers refusent de signer la résolution qui est rédigée antérieurement à la réunion car, aucune décision n'a été réellement prise le jour de la réunion.

Le 23 juillet 2004, le représentant légal SHT arrive au siège de l'EJV, situé à Shanghai, avec un huissier et un notaire pour demander au responsable financier de l'EJV de lui transmettre les documents financiers et officiels de l'EJV, ce qui inclut la licence d'affaires et le sceau officiel de l'EJV. Le responsable financier et HZL refusent de lui transmettre les éléments demandés. SHT délivre donc une lettre de licenciement au responsable financier, et ce dernier refuse également de réceptionner la lettre de licenciement.

En août 2004, l'EJV est en cessation d'activités et, le 18 août 2004, les deux administrateurs du Conseil d'administration ont convoqué une réunion, et ont inscrit à l'ordre du jour deux demandes : 1) de contraindre HZL à transférer les documents officiels et financiers à SHT, 2) de mettre en œuvre la responsabilité de HZL pour les préjudicies subis par la société du fait de son manque de collaboration et pour la liquidation.

Le 23 août 2004, HZL a répondu négativement à la demande des deux autres administrateurs du CA et a présenté les arguments suivants : 1) il a détenu le sceau officiel de l'EJV depuis la constitution de l'EJV, 2) l'EJV fonctionne normalement sans cessation d'activité, 3) SHT travaille habituellement à Pékin et non pas à Shanghai, 4) la demande de restitution des documents officiels et financiers n'est pas fondée car, l'EJV fonctionne normalement, 5) il a déjà convoqué le CA et que la réunion ne s'est pas déroulée normalement en raison du refus de Canopus de signer la résolution, ce dernier ne peut donc pas convoquer une autre réunion du CA, et enfin 5) que l'inactivité de l'EJV est causée par le refus de Canopus de coopérer.

Le 30 août 2004, la réunion du CA a eu lieu en l'absence de HZL, et une résolution est votée à l'issue de la réunion : 1) contraindre HZL a restituer les documents officiels et financiers

dans les 7 jours à compter de la signature de la résolution, 2) s'il s'avère que HZL a abusé de la personnalité morale de l'EJV, de mettre en cause sa responsabilité civile afin de protéger les intérêts de la société et des associés.

Face à l'inaction de HZL, Canopus saisit le juge judiciaire chinois pour contraindre HZL à exécuter la résolution du CA. Se pose donc la question de savoir si HZL doit restituer les documents officiels et financiers de l'EJV à SHT conformément à la résolution du 30 août 2004.

Concernant la validité de la résolution du 20 août 2004, l'article 35 du règlement d'application de la Loi sur les EJV énonce que le président, ou à défaut le vice-président, ou à défaut 1/3 des administrateurs du CA peuvent convoquer une réunion extraordinaire du CA. En l'espèce, les deux administrateurs du CA désignés par Canopus ont convoqué la réunion le 18 août 2004, c'est-à-dire 10 jours avant la réunion. L'absence de HZL est due simplement au fait que l'ordre du jour lui était désavantageux. Ce dernier a refusé volontairement d'être présent le jour même et de présider la séance.

Concernant cette situation, la Loi des sociétés de 1993 ne prévoit pas de solution. La version 2005 prévoit, à l'article 48, que « *les réunions du CA sont convoquées et présidées par le président du conseil ou par le vice-président lorsque le président est empêché ou n'exerce pas ses fonctions. Si le vice-président est empêché ou n'exerce pas ses fonctions, les réunions sont convoquées et présidées par un administrateur désigné par la majorité des administrateurs* ». L'interprétation (2006) n° 3 énonce à l'article 2 que « *le tribunal populaire saisi d'un litige fondé sur un acte juridique ou un fait générateur qui s'est produits avant l'entrée en vigueur de la Loi des sociétés peut se référer aux dispositions pertinentes de la Loi des sociétés si la législation et les interprétations en vigueur à l'époque sont silencieuses* ». Ainsi, conformément à l'article 48 de la Loi des sociétés de 2005 et de l'article 2 de l'Interprétation (2006) n° 3, la réunion du 30 août 2004 est valablement convoquée et la résolution issue de cette réunion doit être exécutée par HZL.

Concernant la détention des documents officiels et financiers, la loi est également silencieuse sur cette question. Cependant, les statuts de l'EJV prévoient que le CA est l'organe suprême de l'entreprise. Ainsi, la résolution de la réunion du CA du 30 août 2004 qui ordonne la restitution des documents officiels et financiers par HZL à SHT doit être exécutée.

Concernant la non-exécution de la résolution : la Loi des sociétés de 1993 ne prévoit pas de solution. Cependant, la Loi des sociétés de 2005 prévoit des modalités de recours permettant aux actionnaires d'intenter des actions au nom de la société (action subrogatoire). Ainsi, Canopus étant associé de l'EJV, peut mettre en œuvre la responsabilité de HZL.

Le tribunal intermédiaire de Shanghai confirme le jugement de première instance qui donne droit au demandeur, et prononce la validité et l'exécution de la résolution du 30 août 2004.

D. Litiges de cessions de parts sociales au sein d'une entreprise à participation étrangère

461. Définition. La cession de parts sociales est l'acte juridique selon lequel le titulaire de parts transfère la propriété de ses parts à une autre personne pour qu'elle puisse jouir des droits qui y sont attachés. Le terme de « cession de parts sociales » a une conception large et une conception plus étroite. La conception large comprend la cession à titre onéreux, la cession à titre gratuit (donations, legs ou successions) et la cession forcée de parts sociales (par la seule force de la loi ou par décision judiciaire). La conception étroite du terme ne désigne que la forme classique de la cession de parts, c'est-à-dire la cession onéreuse. Les litiges de cession de parts sociales désignent les conflits que rencontre le cédant lorsqu'il transfère les parts à un cessionnaire interne à la société, ou tiers à la société. Ces difficultés peuvent intervenir entre l'associé cédant et la société, entre le cessionnaire et la société, ou entre l'associé cédant et ses coassociés. Concernant les cessions de parts au sein des entreprises à participation étrangère, la Loi des sociétés encadre la procédure de cession de parts sociales (1), mais d'autres dispositions législatives prévoient de précisions spécifiques aux entreprises à participation étrangère (2).

1) Accord préalable des autorités compétentes

462. Accord préalable pour une cession des parts sociales. Pour une joint-venture sino-étrangère, l'obtention de l'approbation du Conseil d'administration est nécessaire pour valider une cession de parts (entre les associés, ou d'un associé à un tiers), et pour que cette cession soit reconnue et enregistrée par les les autorités administratives. En pratique, le seul moyen de faire valider cette cession est d'obtenir une résolution de l'Assemblée des associés, ce qui pose deux problèmes principaux.

463. Sur le plan procédural. Lors du procès, la majorité de la doctrine considère que les cessions de parts sociales non autorisées sont de la compétence de l'administration car, le

tribunal ne peut pas être saisi directement[828]. Or, selon le ministère du Commerce, et le Conseil des affaires de l'État, la question doit en premier lieu être soumise devant un juge, puis être traitée par l'administration. Les deux autorités refusent leur compétence juridictionnelle et tentent de se décharger de leurs compétences au profit de l'autre, de sorte que, jusqu'à maintenant, il n'y a pas de solution à ce problème, ce qui nuit gravement à l'environnement chinois des investissements étrangers.

464. Absence d'approbation administrative. La difficulté porte sur le sort du contrat de cession lorsque l'administration n'a pas donné son accord lors de la constitution de l'entreprise, ou lors de la cession de parts sociales. Une partie de l'opinion considère que ledit contrat est nul et dépourvu de tout effet légal[829]. Une autre partie tient un discours plus nuancé, et considère que si le contrat ne va pas à l'encontre de la loi, et a déjà eu un commencement d'exécution, il doit être considéré comme un contrat valable et effectif car, le contraire créerait le désordre dans le milieu des investissements[830].

2) Cession de parts sociale selon la Loi des sociétés

465. Validité du contrat de cession des parts sociales. Comme tout contrat, le contrat de cession est soumis à des conditions de validité. Cependant, en raison de l'absence de régime spécial prévu par la Loi des sociétés, les dispositions du droit commun prévues par la Loi sur les contrats s'appliquent, conformément à l'adage *specialibus generalia derogant*. Pour les contrats de droit commun, l'article 44 de la Loi sur les contrats dispose que « *le contrat légalement conclu prend effet dès sa conclusion. Lorsque la loi ou les règlements prévoient des formalités supplémentaires d'autorisation ou d'enregistrement du contrat pour que celui-ci prenne effet, ces dispositions s'appliquent* ». Ainsi, conformément à l'article 44 de la Loi sur les contrats, les contrats de cession de parts prennent effet dès leur conclusion, sauf si la loi prévoit des formalités d'enregistrement supplémentaires[831]. Outre la signature du cédant et du cessionnaire, la Loi des sociétés énonce qu'il est nécessaire qu'une cession de parts obtienne l'accord de la majorité simple des associés, lorsqu'il s'agit d'une société à risque limité. Se pose la question de la validité du contrat de cession en l'absence de l'accord

[828] 施天濤, "我國公司法上關聯交易的皈依及法律規制", *中國法學*, vol. 6, 2007, pp. 126-140.
[829] 張風翔, *op. cit., p. 64-65.*
[830] *Ibid.*
[831] 劉俊海, *新公司法的制度創新*, 法律出版社, 2000, p. 300.

de la majorité des associés. Selon certains auteurs, l'obtention de l'accord de la majorité des associés constitue une condition *ad validatem* du contrat de cession[832]. D'autres auteurs considèrent que le contrat de cession est valable dès la signature du contrat car, l'obtention de l'accord n'est qu'une obligation contractuelle qui découle du contrat de cession, et non pas une condition de validité du contrat[833]. C'est cette seconde approche qui est adoptée par la majorité des auteurs et des praticiens. Selon cette seconde approche, un contrat de cession est valable et opposable aux parties une fois qu'il est signé entre le cédant et le cessionnaire. Ainsi, en cas de non-obtention de l'autorisation de la majorité des associés de la société, le cédant peut saisir le tribunal populaire pour mettre en œuvre la responsabilité contractuelle du cédant, sauf si le contrat exonère explicitement la responsabilité du cédant pour ce cas précis[834].

466. Exercice du droit de préemption des associés. Le droit péremptoire des associés sur les parts sociales de ses coassociés est une des sources principales des litiges en matière de droit chinois des sociétés. Certains concernent l'absence de notification du cédant aux associés de la société, certains portent sur le changement d'avis de l'associé cessionnaire entre le moment où il exercice son droit de préemption et le moment de la signature du contrat de cession, et d'autres litiges sont liés au refus du cédant d'effectuer le transfert de ses parts une fois que le contrat de cession a été signé. L'alinéa 2 de l'article 72 de la Loi des sociétés énonce que « *La cession de parts sociales à un tiers requiert l'accord de la majorité des autres associés. L'associé cédant doit consulter par notification écrite les autres associés au sujet de la cession de ses parts sociales. Sans réponse de leur part dans un délai de trente jours à compter de la réception de la notification écrite, ils sont réputés avoir consenti à la cession. Si la majorité des autres associés s'opposent à la cession, ils doivent acheter les parts sociales ; à défaut, ils sont réputés avoir consenti à la cession* ».

Il est communément admis que le droit de préemption des associés a pour but non seulement de garantir la stabilité interne de la société, mais également de faciliter les cessions de parts entre associés. En effet, il permet aux coassociés de choisir leur futur associé, mais assure aussi la liberté de l'associé cédant de sortir de la société à tout moment. Ainsi, il est primordial que l'exécution du contrat de cession de part respecte les dispositions législatives. Après la conclusion du contrat de cession, le cédant doit informer ses coassociés de l'existence du contrat de cession. Cette notification écrite doit contenir les éléments

[832] *Ibid.*
[833] 張風翔, *op. cit.,* p. 81.
[834] 宋曉明，張勇健，張雪楳，"民商事審判若干疑難問題-公司法", *民商事審判指導*, vol. 2. 2006.

essentiels du contrat de cession, c'est-à-dire l'identité du cessionnaire, le nombre de parts sociales et le prix de la cession. En cas de défaut de notification ou en cas d'information erronée, les autres associés peuvent saisir le tribunal populaire pour faire appliquer leur droit de préemption et d'acquérir les parts sociales dans les conditions identiques à celles prévues dans le contrat de cession conclu entre l'associé cédant et le tiers cessionnaire. Ou si plusieurs associés revendiquent l'exercice de leur droit de préemption, l'alinéa 3 de l'article 73 énonce que ces associés « *doivent se concerter pour déterminer leurs pourcentages respectifs. En cas d'échec de la concertation, ils exercent leur droit de préemption proportionnellement à leurs apports respectifs* ». Si les coassociés s'opposent à la cession, mais refusent également d'acquérir les parts sociales du cédant, leur droit de préemption ne sera plus garanti, et le contrat de cession de parts est réputé valable et opposable aux tiers.

467. Cession de parts sociales entre associés. L'article 72 de la Loi des sociétés prévoit que « *les associés d'une société à risque limité peuvent se céder mutuellement, en totalité ou en partie, leurs parts sociales* ». Selon certains auteurs, une telle cession ne permet pas aux coassociés d'exercer leur droit de préemption car, ce droit ne s'applique qu'en cas de cession de parts sociales à un tiers de la société. En effet, pour la cession de parts sociales entre associés la liberté contractuelle s'applique pleinement et entièrement, et les coassociés n'ont pas le droit d'empêcher la réalisation d'une telle cession, peu importe que la majorité des coassociés s'opposent à cette cession entre associés. Selon cette vision, même si un associé devient l'associé majoritaire après cette opération de cession d'action, la stabilité de la société ne sera pas menacée car, les autres associés peuvent protéger leurs intérêts en s'associant contre l'associé majoritaire[835].

Cette vision n'est cependant pas partagée par tous les auteurs. Selon d'autres auteurs, l'alinéa 1er de l'article 72 prévoit, certes, la cession de parts sociales entre associés, mais il n'empêche pas les coassociés d'exercer leur droit de préemption. En effet, selon cette seconde approche, le droit de préemption des associés subsiste même en cas de cession de parts sociales entre associés. Il permet aux coassociés, non pas d'opposer à l'identité du cessionnaire, mais de demander que les parts du cédant soient cédées à tous les associés qui souhaitent en acquérir. Une fois que les coassociés ont revendiqué l'exercice de leur droit de préemption, ils doivent ensuite, conformément à l'alinéa 3 de l'article 72 de la Loi des

[835] 劉俊海, *新公司法的制度創新*, 法律出版社, 2000, p. 302.

sociétés, « *se concerter pour déterminer leurs pourcentages respectifs. En cas d'échec de la concertation, les parts du cédant seront partagées entre les associés, proportionnellement à leurs apports respectifs* »[836]. Cette vision semble être plus proche de l'esprit de la loi car, elle évite qu'un associé devienne associé majoritaire de la société sans que les coassociés aient un mot à dire sur le changement de contrôle au sein de la société, et diminue tout risque d'instabilité et de conflit internes.

468. Interdictions prévues par les statuts. Le dernier alinéa de l'article 72 de la Loi des sociétés énonce que « *si les statuts de la société contiennent d'autres stipulations, celles-ci s'appliquent* », laissant ainsi une large marge de manœuvre aux associés dans l'encadrement de la procédure de cession de parts sociales. Par exemple, les statuts peuvent prévoir que si un associé souhaite céder, en partie ou en totalité, ces parts sociales, il d'abord chercher à conclure un contrat de cession avec un ou plusieurs de ses associés, avant d'élargir son choix de cocontractant à des personnes tierces. Les statuts peuvent également interdire les toute succession de parts sociales en cas de décès d'un associé-personne physique[837].

Malgré la large marge de manœuvre laissée aux associés, certaines règles impératives ne peuvent pas être évincées par les stipulations contraires des statuts, afin de ne pas porter atteinte aux intérêts de la société. Les statuts ne peuvent pas, par exemple, interdire les cessions de parts sociales avec un tiers de la société, ou prohiber la donation de parts sociales, ou proscrire toute cession de parts sociale afin forcer les associés à rester au sein de la société[838].

469. Validité de cession de parts en cas de défectuosité d'apport. Le cessionnaire peut-il demander la nullité du contrat de cession s'il s'avère que l'apport du cédant est défectueux ? En principe, l'apporteur jouit des droits et des obligations qui sont attachés à son apport car, il est inscrit en tant qu'associé dans le registre et les documents officiels de la société. La suffisance ou l'insuffisance de son apport importe peu car, le fait qu'un apport soit insuffisant ne prive pas l'apporteur de son statut d'associé. Une cession de parts sociales est en réalité un transfert de la qualité et du statut s'associer. Ainsi, un associé ayant un apport défectueux peut céder ses parts sociales (défectueuses) à une personne tierce. Cependant, en raison de l'impératif de réalité du capital social[839], si l'associé d'un apport insuffisant cède

[836] Article 72 alinéa 3 de la Loi des sociétés.
[837] Article 76 de la Loi des sociétés.
[838] 張風翔, *op. cit.,* p. 82.
[839] Le capital social ne doit pas être fictif, c'est-à-dire faux ou mensonger. Ce qui signifie que les apports formant le capital social doivent être réel et sérieux : appartenir à l'apporteur, ne pas être intransmissibles, représenter une valeur non négligeable et avoir été réalisés dans leur intégralité pour un montant correspondant

ses parts sociales, la société et les coassociés peuvent saisir un tribunal populaire pour que ce dernier ordonne au cédant de combler cette insuffisance[840]. Le cessionnaire est également invité à participer au procès s'il considère avoir subi un préjudice lié à cette insuffisance d'apport. Cependant, la mise en œuvre de la responsabilité du cédant pour insuffisance d'apport n'entraîne pas la nullité du contrat de cession, sauf si le cessionnaire démontre que son consentement est vicié en raison du dol commis par le cédant sur la véracité de son apport[841].

470. Conséquences de la nullité du contrat de cession de parts. La nature des droits et obligations attachés aux parts sociales est distincte que celle des droits et obligations issus de la propriété sur un bien meuble ou immeuble. Ainsi la cession de parts sociales n'affecte pas seulement les parties au contrat de cession, mais également des tiers au contrat (la société, les autres associés ou les créanciers de la société). Ainsi, en cas de nullité ou d'annulation du contrat de cession, les parties au contrat, la société, les autres associés et les créanciers de la société ont tous intérêt à agir. Le rôle premier du tribunal populaire est donc de respecter la liberté contractuelle des parties et d'assurer la bonne exécution du contrat de cession de parts sociales en garantissant la validité du contrat[842]. Cependant, une fois qu'il s'avère que le maintien du contrat est impossible, le juge doit appliquer les dispositions de la Loi sur les contrats portant sur la nullité et l'annulation des contrats de droit commun, tout en essayant de respecter la stabilité interne de la société, surtout au sujet de la responsabilité du cessionnaire en cas de perte économique de la société. En effet, il faut éviter que le cessionnaire soit tenu pour l'unique responsable des pertes économiques survenues pendant qu'il était un associé de la société[843].

471. Cession judiciaire de parts sociales. L'article 73 de la Loi des sociétés encadre la cession judiciaire dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée. Lorsque la cession judiciaire est ordonnée par le tribunal populaire dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée, un expert est nommé par le juge pour une évaluation de la valeur des parts sociales à céder[844], les coassociés sont informés de la cession et de la valeur des parts pour qu'ils

exactement à celui du capital social. V. Dossier : Le capital social de l'infogreffe, disponible sur https://www.infogreffe.fr/informations-et-dossiers-entreprises/dossiers-thematiques/creation-entreprise/le-capital-social.html?onglet=3, consulté le 12 octobre 2016.

[840] 張風翔, *op. cit.,* p. 82.

[841] 張風翔, *op. cit.,* p. 82.

[842] 張風翔, *op. cit.,* p. 83.

[843] 劉俊海, "新公司法的制度創新", 法律出版社, 2000, p. 307.

[844] 張風翔, *op. cit.,* p. 84.

puissent exercer leur droit d'acquisition préférencié[845]. Si les coassociés s'opposent à la cession judiciaire des parts sociales à des tiers, ils doivent acquérir les parts sociales au prix déterminé par l'expert nommé par le juge. Sans réponse de la part des coassociés dans un délai de vingt jours à compter de la notification du tribunal populaire[846], ou en cas de refus de leur part d'acquérir ces parts sociales, les associés sont réputés avoir renoncé à leur droit de préemption[847] et le tribunal lancera une offre publique d'achat[848]. Une fois que le contrat de cession a été conclu, les autres associés ne pourront plus exercer leur droit de préemption.

3) Cession de parts selon les Lois sur les entreprises à participation étrangère

472. Contestation de la validité d'un contrat de cession enregistré. Les difficultés surviennent lorsqu'un contrat de cession a reçu l'approbation de l'autorité administrative compétente et a été dûment enregistré par l'administration étatique de l'industrie et du commerce, mais qu'une des parties au contrat conteste la validité du contrat de cession. Le tribunal populaire est-il compétent pour juger de l'affaire ? Et si oui, peut-il prononcer l'invalidité (無效) du contrat ?

Sur le plan théorique, il existe deux visions qui divergent sur ce sujet. Certains considèrent que le contrôle de la validité d'un contrat de cession dûment enregistré n'est pas du ressort du juge judiciaire, mais de l'autorité administrative ayant effectué l'enregistrement. D'autres estiment que le recours à un tribunal populaire est nécessaire pour faire annuler le contrat de cession dûment enregistré. Dans la pratique, certains tribunaux populaires ont déjà prononcé l'invalidité d'un contrat de cession enregistré par l'administration lorsque l'enregistrement administratif a été obtenu sur la base de faux documents fournis par une des parties au contrat. La *Réponse du Bureau général du Ministère du Commerce sur les questions concernant la modification de capital social des entreprises à capitaux étrangers*[849] du 2006 apporte une

[845] Article 73 de la Loi des sociétés.
[846] *Ibid.*
[847] *Ibid.*
[848] 張風翔, *op. cit.,* p. 84.
[849] *Réponse du Bureau général du Ministère du commerce sur les questions concernant le modification de capital social des entreprises à capitaux étrangers (*商务部办公厅关于对外商投资企业股权变更有关问题的答复) du 18 mars 2006, disponible en Chinois sur http://www.mofcom.gov.cn/article/swfg/swfgbl/gfxwj/201304/20130400103343.shtml, consulté le 20 septembre 2016.

solution à cette difficulté à son article 3 qui énonce que « *celui qui demande une modification du capital social est responsable de l'authenticité des documents qui sont soumis à l'autorité administrative. En cas de contestation sur l'authenticité des documents, celle-ci sera examinée par l'autorité judiciaire compétente* »[850]. Ainsi, celui qui demande l'invalidité du contrat de cession doit préalablement obtenir une décision judiciaire en ce sens, avant de pouvoir soumettre une autre demande de modification auprès de l'administration.

473. Non-obtention de l'approbation nécessaire. Les contrats de cessions qui n'ont pas encore été approuvés et enregistrés par de l'administration sont-ils valables ou en attente de validation ? Selon l'article 20 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV, « *si associé d'une EJV a l'intention de céder tout ou partie de son apport à un tiers, le consentement des autres associés doit être obtenu, et l'approbation de l'autorité d'examen et d'approbation est requise* ». L'article 3 des Dispositions concernant la modification de modification des parts sociales au sein d'une entreprise à participation étrangère[851] ajoute qu'une « *cession de parts sociales par un associé doit se conformer aux lois et règlements chinois en vigueur, être approuvée par les autorités d'examen et d'approbation, et soumises à l'enregistrement auprès des services d'enregistrement […]. En l'absence d'approbation et d'enregistrement administratifs, la cession de parts sociales est invalide* ». Ainsi, selon les dispositions du droit chinois, l'obtention de l'approbation et de l'enregistrement administratif est une condition *ad validatem* du contrat de cession de parts sociales d'une entreprise à participation étrangère. Cependant avec le changement progressif du droit des sociétés, du droit des contrats et des autres branches du droit civil, une partie de la doctrine soutient qu'un contrat de cession qui a reçu un début d'exécution est considéré comme étant valablement formé entre les parties au contrat, et que l'autorisation et l'enregistrement administratifs sont une condition *ad probationem* du contrat de cession. L'article 20 des *Dispositions concernant la modification de modification des parts sociales au sein d'une entreprise à participation étrangère* corrobore cette position, et considère qu'un contrat de cession de parts sociales ne prend effet qu'à compter de la date de délivrance du certificat d'approbation pour la modification du capital social, mais le cessionnaire peut saisir le tribunal populaire pour forcer le cédant à soumettre la demande d'autorisation et de procéder à l'enregistrement

[850] *Ibid.*

[851] *Dispositions concernant la modification de modification des parts sociales au sein d'une entreprise à participation étrangère (*外商投资企业投资者股权变更的若干规定), adoptées 28 mai 1997 par le Ministère du commerce et l'Administration étatique de l'industrie et du commerce, disponible en anglais sur http://www.lawinfochina.com/Display.aspx?lib=law&Cgid=18804, consulté le 9 septembre 2017.

auprès des services d'enregistrement sur la base du contrat de cession. En effet, même sans approbation administrative, le contrat de cession est opposable entre les parties au contrat.

La jurisprudence étatique et arbitrale ne valide pas les contrats de cession de parts sociales de joint-ventures sino-étrangères dépourvus d'approbation administrative. La Cour populaire suprême a en effet ordonné l'annulation des dispositions portant sur la cession des parts d'une joint-venture en vertu de l'article 10 de la Loi sur les contrats économiques avec l'étranger[852] et de l'article 3 (6) de son interprétation[853] dans l'arrêt *Heng He & société Yu Xing c. Société Laser*[854]. Cette jurisprudence a ensuite été réitérée et citée par l'arrêt de la Cour d'appel de Hong Kong, dans l'arrêt *First Laser Limited v. Fujian Enterprises (Holding) Company Limited*[855]. Les tribunaux arbitraux prononcent également la nullité du contrat de cession de parts sociales en cas de non-obtention de l'approbation administrative. Dans l'affaire *Entertainment JV 1997*, le tribunal arbitral a, en effet, déclaré l'invalidité du contrat de cession pour le non-respect de l'article 10 de la Loi sur les CJV et l'article 11 de son décret d'application[856].

474. Conséquences de l'invalidité ou de l'annulation. Le cédant peut-il contester la validité du contrat de cession qui n'est pas encore soumis à l'approbation administrative ? Concernant les contrats de cession dont la validité est remise en cause après l'enregistrement auprès des autorités administratives, les bénéfices qui ont eu lieu avant que le juge prononce l'invalidité du contrat doivent-ils être partagés entre les associés et le cessionnaire ou entre les associés et le cédant ? Pour répondre à ces questions, il convient tout d'abord d'examiner le motif réel de la demande. Si l'action est intentée par le cédant car, il regrette d'avoir cédé ses parts à un cessionnaire, la demande ne pourra pas être reçue par le tribunal populaire, surtout si le cessionnaire exerce effectivement son rôle d'associé depuis que les parts sociales

[852] Loi sur les contrats économiques avec l'étranger adoptée le 19 octobre 1987, et abrogée par l'adoption de la Loi sur les contrats le 15 mars 1999, disponible sur http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/lawsdata/chineselaw/200211/20021100053738.html, consulté le 8 mai 2017.

[853] Article 3(6) de l'interprétation : "*Lorsqu'un contrat économique avec l'étranger soumis a approbation selon les lois et règlements chinois n'est pas approuvé par l'autorité administrative compétente, ou par l'autorité de veritiation et d'approbation initiale pour ses modification substantielle ou la tradition des droits et obligations, ce contrat est considéré invalide et dépourvu d'effet*". Disponible en chinois sur http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=3530, consulté le 7 mai 2017.

[854] Cour populaire suprême, 3 décembre 2004, *Société Heng He & société Yu Xing c. Société Laser*. Voir Maisie Ooi, "First Laser Ltd v. Fujian Enterprises (holdings) Co Ltd : A case of uncommon Choice (of law) ?", *Hong Kong Law Journal*, vol. 43, 2013, pp. 553 et s.

[855] Cour d'appel finale de Hong Kong, 11 juillet 2012, *First Laser Limited v. Fujian Enterprises (Holding) Company Limited.* Voir. Maisie Ooi, "First Laser Ltd v. Fujian Enterprises (holdings) Co Ltd : A case of uncommon Choice (of law) ?", *Hong Kong Law Journal*, vol. 43, 2013, pp. 553 et s.

[856] *Entertainment JV Case 1997*, sentence CIETAC, 20 mars 1997, v. Willems (J.), *Les contrat de Joint-ventures sino-étrangères devant l'arbitre interantional, op. cit.,* p. 311.

ont été cédées. Si l'action est intentée par le cessionnaire car, il s'avère que le cédant n'a pas exécuté le contrat de cession, le juge peut prononcer l'annulation du contrat de cession et contraindre le cédant à verser des dommages et intérêts aux cessionnaires. Pour le calcul des dommages et intérêts, le juge doit prendre en compte la perte de gains du cessionnaire, les bénéfices qu'a effectués la société, la variation de la valeur des parts sociales cédées[857].

475. Affaire *CIIC contre la Commission de travail des investissements étrangers de Shanghai*. Dans une décision dont la date est inconnue, la Première Cour intermédiaire de Shanghai prononce sur la validité d'une cession de parts sociales d'une EJV qui ont préalablement fait l'objet d'un nantissement. En l'espèce, une société chinoise CIIC conclut un contrat avec la société chinoise Overseas Chineses Housing Developement Co (OCHD), dans lequel il est indiqué que CIIC nantit la totalité des parts sociales détenues par la société hongkongaise Yingde (Y) au sein de la société Taisun Ceramics Co, une EJV (TC), au profit de la société OCHD au nom de la société Y, dans le but de garantir la dette de 28 000 000 renminbis détenus par OCHD envers la société Y. Le 26 février 1994, un contrat de nantissement a été conclu entre OCHD et Y afin de confirmer l'opération de nantissement sur lesdites parts sociales. OCHD informe la Commission des investissements étrangers de Shanghai sur le nantissement des parts sociales.

Le 26 mai 1994 Y cède les parts sociales nanties à la société hongkongaise Litong (L) par la signature d'un contrat de cession. Le 28 mai 1994, le CA de la société TC se réunit pour une réunion annuelle. Trois administrateurs étaient absents et n'avaient mandaté personne pour les représenter. Les 6 autres administrateurs présents approuvent à l'unanimité la cession de parts sociales d'Y à L. Le 8 juin 1994, TC soumet une requête d'autorisation pour l'opération de cession de parts sociales auprès de la Commission. Cette dernière publie un avis #712 le 27 juin 1004, dans lequel elle approuve le contrat et l'opération de cession de parts sociales et considère que la signature du contrat de cession et le vote en CA sur la cession ont été faits conformément à l'article 4 § 4 de la Loi sur les EJV et aux articles 23, 24 et 36 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV. OCHD intente donc une action en justice contre la Commission.

Le juge de première instance donne droit au demandeur, considère qu'une cession de parts sociales ayant déjà fait l'objet d'un nantissement est contraire aux Principes généraux de droit civil de la République populaire de Chine. L'avis #712 de la Commission est donc infondé et doit être annulé. La Commission interjette en appel pour que l'avis # 712 soit tenu

[857] 張風翔, *op. cit.,* p. 86.

comme valable. Se pose donc la question de savoir si une part sociale ayant déjà fait l'objet d'un nantissement peut être cédée à un tiers.

Selon le juge d'appel, OCHD a informé la Commission du nantissement sur les parts sociales. L'argument de la Commission selon laquelle elle n'a pas été informée du nantissement n'est donc pas suffisamment prouvé.

Concernant la cession de parts sociales validée par la résolution du CA, la Cour considère que la Commission a erronément pris en compte la résolution du CA de TC comme ayant validé la cession de parts sociales. En effet, la résolution votée par le 2/3 des administrateurs du CA est conforme aux dispositions de la Loi sur les EJV et le Règlement d'application de la Loi sur les EJV. Cependant, il revient à la Commission de vérifier si la résolution décrit exactement la situation de l'entreprise et est conforme aux contrats et statuts de l'entreprise avant de délivrer l'approbation administrative.

Concernant l'argument de TC sur la validité de la résolution : la Cour considère que l'argument selon laquelle les statuts de l'entreprise prévoient que l'unanimité du CA désigne en réalité l'unanimité des administrateurs présents à la réunion est contraire aux dispositions législatives et réglementaires et est ainsi dépourvu de fondement juridique.

Concernant la détermination de la violation des PHDC par la cession de parts sociales qui font l'objet d'un nantissement. La Cour intermédiaire considère que le juge de première instance a sorti de sa compétence lorsque cette dernière énonce que l'approbation administrative délivrée par la Commission n'est pas conforme aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur. Il s'agit d'une détermination qui doit être faite par la Commission, et non pas par le juge judiciaire. Cependant, cette détermination du juge n'a pas eu d'influence sur l'issue du procès et ne suffit pas pour justifier que la Cour intermédiaire infirme le jugement de premier degré.

Le juge d'appel rejette l'appel formé par la Commission et infirme le jugement de première instance.

IV. La dissolution amiable ou contentieuse de l'investissement étranger

476. Difficulté. La difficulté portant sur la fin d'une entreprise à participation étrangère est l'une des questions les plus complexes à résoudre dans les litiges impliquant une société. La

Loi des sociétés n'a longtemps pas offert de solution à cette question, et les juges n'avaient pas d'expérience nécessaire pour statuer correctement sur ces litiges, par conséquent, les solutions apportées dépendaient largement du tribunal, voire du juge chargé de l'affaire. Désormais, la Loi des sociétés contient un chapitre portant sur la dissolution et la liquidation des sociétés. Cependant, la procédure décrite par cette Loi est tellement compliquée qu'elle reste une source de conflit pour de nombreux investisseurs souhaitant mettre fin à la vie de la société. De surcroît, parmi les litiges de liquidation et de dissolution, outre la procédure même, surviennent également des litiges entre associés, entre les associés et la société, entre les créanciers de la société et la société, et entre les créanciers et les associés.

477. Définition. La dissolution d'une société désigne la décision de mettre fin à l'activité d'une société, cette décision est prise soit par les associés après réunion en assemblée générale, soit par le juge en cas de paralysie du fonctionnement de la société. Elle constitue une étape nécessaire à l'ouverture de la procédure de liquidation. La procédure de liquidation prend donc place automatiquement après le prononcé de la dissolution, quelle qu'en soit la cause (contractuelle ou litigieuse). La procédure de liquidation permet de réaliser les actifs de la société pour en distribuer aux créanciers et a pour finalité de cesser l'existence juridique de la société. Il existe deux types de liquidation : le premier est la liquidation prononcée à la suite d'un constat de faillite, et le second est la liquidation sans constat de faillite. Les litiges en matière de la liquidation concernent majoritairement la relation entre les associés, et celle entre les créanciers et les associés.

478. Procédure de dissolution. La difficulté principale des litiges portant sur la procédure de dissolution et de liquidation est l'absence de détermination de l'autorité compétente pour résoudre ce genre de litige. En pratique, une partie de la doctrine considère qu'il faut suivre la législation à la lettre, et que toute procédure de liquidation et de dissolution des entreprises à participation étrangère doit être soumise à un contrôle de l'administration. L'autre partie de l'opinion considère que le tribunal peut décider sur la base de la Loi des sociétés, et prononcer la dissolution en cas de blocage interne de la société, et nommer un liquidateur. Les deux opinions avancent chacune des points intéressants et essentiels, mais dans la pratique, il n'arrive que très rarement que les autorités administratives prononcent la dissolution ou la liquidation d'une entreprise à participation étrangère, et encore moins les tribunaux populaires. Cela crée donc une situation dans laquelle un grand nombre d'entreprises à participation étrangère existent en droit, mais n'ont aucune existence dans les faits, créant du désordre au sein du marché national.

Sous le régime actuel, lorsque les entreprises à participation étrangère n'ont pas atteint leur but social, et ne voient pas de développement ultérieur possible, le fait que l'autre associé ne soit pas d'accord, peu importe qu'il soit l'associé majoritaire ou minoritaire, ne suffit pas à déclencher la liquidation ou la dissolution de l'entreprise.

A. Dissolution demandée par un associé en cas de blocage de la société

479. Présentation de la situation de blocage. La première difficulté porte sur la situation de blocage née de l'impossibilité pour un associé de se retirer unilatéralement d'une société et des conditions strictes de liquidation imposées par la Loi des sociétés. Ainsi, soit la société devient fictive car, elle n'exerce plus d'activité, soit elle est contrôlée par un seul associé car, l'autre associé ne veut plus exercer son pouvoir de contrôle, mais ne peut pas non plus sortir de la société. Se pose la question de savoir si le tribunal prononcera la dissolution de la société en cas de blocage.

480. Avant la Réforme du 28 août 2004. Avant la réforme de la Loi, en raison de la lacune législative en matière du droit des sociétés, les tribunaux, tout comme les sociétés, se trouvaient dans une situation de blocage. La majorité des auteurs considéraient que la dissolution ne la société ne devrait pas être prononcée en cas de blocage de la société. Cependant, lorsque ce blocage concerne les activités de la société, lorsque le pouvoir de contrôle de la société est exercé à l'encontre des intérêts de l'associé minoritaire, ou lorsque les associés minoritaires demandent le retrait de leur participation, la dissolution de la société ou la résiliation du contrat de joint-venture, le tribunal populaire devrait examiner la demande de dissolution.

481. Après la réforme du 28 août 2004. Selon l'article 183 de la Loi des sociétés « *lorsqu'une société est confrontée à des difficultés dans son fonctionnement ou sa gestion à tel pointue les intérêts des associés subiront des dommages importants si la société continue à exister, et qu'aucune solution ne peut être apportée pour résoudre ce problème, les associés représentant plus de dix pour-cent des droits de vote de la société peuvent déposer une demande autre de la juridiction compétente pour dissoudre la société* »[858]. Se pose donc la question de savoir quelles sont les conditions à respecter pour que ces associés

[858] Article 182 de la Loi des sociétés de la République populaire de Chine, disponible sur https://www.hfgip.com/sites/default/files/law/company_law_of_the_people_s_republic_of_china_2014_english.pdf, consulté le 3 juin 2016.

puissent déposer la demande de dissolution auprès du tribunal. Selon les Dispositions de la Cour populaire suprême portant sur les difficultés liées à l'application de la Loi des sociétés de la République populaire de Chine (II)[859], une société est en situation de blocage et donc susceptible d'être dissoute si un des cas suivants se présente : 1) lorsque la société a duré plus de deux ans sans avoir convoqué les associés aux Assemblées générales ordinaires et extraordinaires, créant ainsi des difficultés de gestions et de fonctionnement de au sein de la société [860]; 2) lorsque, pendant une période de plus de deux ans, aucune décision prise en Assemblées générales ordinaire et extraordinaire n'a atteint le pourcentage nécessaire prévu par la loi pour être adopté, créant ainsi un blocage, rendant difficiles la gestion et le fonctionnement de la société [861]; 3) lorsque les dirigeants de la société sont en conflit depuis une période longue, et qu'aucune résolution des Assemblées générales ordinaires et extraordinaires n'a réussi à résoudre ce conflit, créant ainsi des difficultés dans la gestion et le fonctionnement de la société [862]; 4) lorsque la société rencontre des difficultés sérieuses dans sa gestion et son fonctionnement, et que l'existence même de la société cause des préjudices aux intérêts des associés[863]. Cependant, le tribunal rejeter la demande si les associés demandent la dissolution de la société pour une raison liée à leur droit à l'information ou à la répartition du gain, lorsque la société est incapable d'assurer ses dettes, ou lorsque la licence d'affaires de la société a été révoquée, mais que la liquidation n'a pas encore été ouverte[864].

482. Sauvegarde de la société en difficulté. Durant la procédure judiciaire devant le tribunal compétent, le rôle du juge est de garantir les intérêts mutuels des parties au litige, et d'assurer que la demanderesse ait épuisé toutes les voies de recours sur le plan interne. En effet, l'associé doit avoir effectué une demande de cession de participation directement auprès de la société ou de l'associé majoritaire avant d'intenter un recours pour la dissolution de la société[865]. Devant une demande de dissolution de la société tribunal populaire doit ordonner une procédure préalable de conciliation entre les différentes parties au litige, et encourager toute conclusion d'accord de conciliation donnant lieu à l'acquisition des parts de l'associé sortant par l'associé majoritaire, ou à une diminution du capital social afin

[859] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（二）, publié le 12 mai 2008, disponible sur http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=6812&CGid=, consulté le 4 octobre 2016.
[860] *Ibid.* Article 1.1.
[861] *Ibid.* Article 1.2.
[862] *Ibid.* Article 1.3.
[863] *Ibid.* Article 1.4§1.
[864] *Ibid.* Article 1.4§2.
[865] 張風翔，"公司僵局糾紛訴訟的難題解析", 中國民商審判，vol 4. 2003.

d'assurer la survie de la société, à condition que cet accord ne soit pas contraire aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur. C'est uniquement en cas d'échec de conciliation que le tribunal doit trancher le litige.

B. Ouverture de la liquidation après le prononcé de la dissolution de la société

1) Procédure de liquidation selon les dispositions législatives et réglementaires

483. Ouverture de la liquidation et formation du collège de liquidation. Conformément à l'article 183 de la Loi des sociétés, la procédure de liquidation d'une société est ouverte si la société est dissoute pour l'une des raisons suivantes : 1) la durée de l'opération d'investissement mentionnée par les statuts de la société a expiré, ou si une des conditions de dissolution prévues par le contrat a eu lieu ; 2) si une résolution de dissolution a été adoptée en Assemblée des associés ; 3) si la dissolution de la société est nécessaire pour une opération de fusion ou acquisition ; 4) si la licence d'affaires de la société est révoquée ou si la société a reçu une ordonnance de fermeture conformément aux dispositions législatives ou réglementaires ; 5) si un tribunal prononce la dissolution de la société conformément à l'article 182 de la Loi des sociétés (situation de blocage de la société). L'article 7 des Dispositions de la Cour populaire suprême portant sur les difficultés liées à l'application de la Loi des sociétés de la République populaire de Chine (II)[866] ajoute qu'une fois la dissolution est prononcée, un collège de liquidation doit être établi pour débuter volontairement la procédure de la dissolution dans les 15 jours suivant la survenance de la cause de dissolution. Les créanciers de la société peuvent saisir le tribunal populaire pour qu'une liquidation judiciaire soit prononcée dans les conditions suivantes : 1) lorsque la société est déjà dissoute, mais qu'aucun collège de liquidation n'a été créé pour la procédure de liquidation dans les délais prévus par la loi ; 2) lorsque la société a formé un collège de liquidation, mais a retardé l'ouverture de la procédure intentionnellement ; 3) lorsque la procédure illégale de liquidation nuit aux intérêts des créanciers ou des associés[867]. En cas de défaillance des créanciers, les associés de la société peuvent également soumettre une

[866] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（二）, publié le 12 mai 2008, disponible sur http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=6812&CGid=, consulté le 4 octobre 2016.
[867] *Ibid.*, article 7.

requête de liquidation judiciaire auprès du juge, ce dernier devra désigner un collège de liquidation et ordonner l'ouverture de la procédure de liquidation.

2) Difficultés principales des entreprises à participation étrangère en liquidation

484. Difficultés pratiques avant la réforme de 2008. En pratique, dans le but d'échapper à leurs dettes, les entreprises à participation étrangère recourent souvent la cession d'activités au lieu de procéder à la dissolution de la société afin d'éviter l'ouverture de la procédure de liquidation. Ainsi, la dissolution est souvent prononcée par le tribunal après révocation de la licence d'affaires. Pour ces cas de dissolution judiciaire, la procédure de liquidation était initialement régie par le Règlement sur la procédure de liquidation des entreprises à participation étrangère[868]. Cependant, pour la majorité des sociétés dont la licence d'affaires a été révoquée, la procédure de liquidation n'était ouverte qu'après une durée d'inactivité excessivement longue. Selon le Règlement sur la procédure de liquidation des entreprises à participation étrangère, l'autorité administrative d'approbation des entreprises à participation étrangère était non seulement compétente pour révoquer les licences d'affaires des entreprises à participation étrangère, mais était également responsable d'organiser la procédure de liquidation qui en découlait. Ainsi, l'absence de procédure de liquidation des entreprises à participation étrangère dont la licence d'affaires e été révoqué est due principalement au manquement des autorités administratives. Les créanciers dont les intérêts ont subi des dommages en raison de cette absence de liquidation pouvaient donc intenter l'administration en justice pour manquement. Des auteurs ont cependant souligné qu'il était non seulement injuste de faire supporter cette charge sur les épaules des autorités administratives d'enregistrement, mais ce recours du justiciable contre l'administration était également *de facto* impossible à mettre en œuvre[869]. De surcroît, si le tribunal populaire considérait que les conditions de la dissolution judiciaire n'étaient pas remplies en l'espèce, et refusait par la suite de prononcer la dissolution de la société et l'ouverture de la procédure de liquidation, créant ainsi une situation d'anomalie au sein du marché chinois et entravant gravement les intérêts personnels des créanciers de la société.

[868] Règlement sur la procédure de liquidation des entreprises à participation étrangère (外商投資清算辦法), adopté le 9 juillet 1996 par le Ministère du Commerce, en vigueur, disponible sur http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/b/f/200207/20020700031055.html, consulté le 5 octobre 2016.
[869] 張風翔, *op. cit.*, p. 119.

Les tribunaux populaires avaient donc soit rendu de nombreuses décisions contradictoires, soit refusé d'examiner les affaires portant sur cette question. Cette situation a été aggravée par la Cour populaire suprême, qui a légitimé ce déni de justice avec la publication de la *Réponse officielle à la question de savoir comment procéder à la liquidation des EJV dans un litige issu du contrat de joint-venture*, le 15 janvier 1998[870], dans laquelle il énonce que « *lorsqu'un associé d'une EJV saisit un tribunal populaire pour demander la dissolution de la société et la mise en œuvre de la responsabilité de l'autre associé de l'EJV, le tribunal populaire doit trancher les litiges qui concernent l'exécution des obligations contractuelles, la validité et la résiliation du contrat de joint-venture. Cependant, conformément au* Règlement d'application de la Loi sur les EJV *et au* Règlement sur la procédure de liquidation des entreprises à participation étrangère*, le tribunal populaire n'est pas compétent pour organiser la procédure de liquidation de la société* »[871]. Ce document a donc permis aux tribunaux populaires de refuser de statuer sur les litiges qui concernent la dissolution et la liquidation des sociétés.

485. Réponse apportée par la Loi des sociétés en 2008. Il a fallu la révision de la Loi des sociétés en 2008 pour que cette situation de déni de justice en matière de dissolution et de liquidation des sociétés prenne fin. En effet, en raison du conflit entre la Loi des sociétés et Règlements sur la procédure de liquidation des entreprises à participation étrangère, ce dernier a dû être abrogé conformément à la *Décision du Conseil des affaires de l'État sur l'abrogation partielle de certains règlements administratifs*[872]. Par la suite, le Ministère du Commerce a également rendu une *Opinion d'orientation sur comment procéder correctement et légalement à la dissolution et à la liquidation des entreprises à participation étrangère*[873], le 15 janvier 2008. Cette *Opinion* prévoit que la dissolution et la liquidation des entreprises à participation étrangère sont désormais régies par la Loi des sociétés et les dispositions législatives et réglementaires applicables aux entreprises à participation étrangère.

---

[870] *Réponse officielle à la question de savoir comment procéder à la liquidation des EJV dans un litige issus du contrat de joint-venture (*"最高人民法院关于审理中外合资经营合同纠纷案件如何清算合资企业问题的批复"), publié le 15 janvier 1998, disponible sur http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=10201&CGid=, consulté le 5 octobre 2016.

[871] *Ibid.*

[872] *Décision du Conseil des affaires de l'Etat sur l'abrogation partielle de certains règlements administratif* (« 國務院關於廢止部分行政法規的決定 »), disponible en chinois sur http://www.most.gov.cn/fggw/xzfg/200802/t20080229_59440.htm, consulté le 5 octobre 2016.

[873] *Opinion d'orientation sur comment procéder correctement et légalement à la dissolution et à la liquidation des entreprises à participation étrangère* (商务部办公厅关于依法做好外商投资企业解散和清算工作的指导意见), disponible sur http://en.pkulaw.cn/display.aspx?cgid=105437&lib=law, consulté le 4 octobre 2016.

L'article 183 de la Loi des sociétés, comme nous l'avons précédemment étudié, dispose que les demandes de dissolution d'une société doivent être directement soumises au tribunal populaire compétent. Par ailleurs, selon l'article 90, 1) § 1 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV, la demande de dissolution de la société qui est initiée par un seul associé doit être transférée préalablement aux autorités administratives d'enregistrement avant d'être soumise à un juge ou à un arbitre pour que la décision judiciaire ou la sentence arbitrale éventuelle soit valable. En d'autres termes, depuis la réforme de 2008, la dissolution doit être prononcée par le juge, contrairement à la pratique antérieure.

La *Notice de l'Administration étatique de l'industrie et du commerce sur les difficultés concernant la procédure administrative d'enregistrement de la dissolution des entreprises à participation étrangère* énonce à son article 2.1 que pour la procédure de liquidation est ouverte automatiquement, sans que l'intervention de l'autorité administrative d'enregistrement soit nécessaire, lorsque la dissolution de la société est causée par : 1) la survenance d'une condition ou d'un terme prévus dans les statuts de la société ; 2) une décision judiciaire ; 3) la révocation de la licence d'affaires[874].

C. Mise en œuvre de la responsabilité personnelle des dirigeants par les créanciers

486. Dispositions législatives et réglementaires. L'article 183 de la Loi des sociétés dispose que le « *collège de liquidation doit être composé d'associés dans le cas d'une société à risque limité […]. Lorsque le comité n'a pas été formé dans les délais prévus par la loi* » à défaut de quoi, leur responsabilité personnelle peut être mise en œuvre. En effet, la constitution du collège de liquidation est une obligation des associés et des dirigeants. En cas de non-respect de cette obligation, les associés et les dirigeants peuvent voir leur responsabilité mise en œuvre. Conformément à l'article 18 des Dispositions de la Cour populaire suprême portant sur les difficultés liées à l'application de la Loi des sociétés de la République populaire de Chine (II)*, « lorsque les associés d'une société à risque limité ou les administrateurs et les associés majoritaires d'une société par actions ne parviennent pas à constituer un collège de liquidation pour ouvrir la procédure de liquidation dans le délai*

[874] *Notice de l'Administration étatique de l'industrie et du commerce sur les difficultés concernant la procédure administrative d'enregistrement de la dissolution des entreprises à participation étrangère (*关于外商投资企业解散注销登记管理有关问题的通知), publié le 20 octobre 2008, disponible en chinois sur http://www.saic.gov.cn/zw/zcfg/gzjwj/201508/t20150820_216752.html, consulté le 5 octobre 2016.

légal, causant ainsi une dépréciation, une perte financière, un préjudicie ou une perte de propriétés de la société, les créanciers peuvent mettre en cause la responsabilité des associés ou des administrateurs susmentionnés et le tribunal devra, conformément à la loi, ordonner aux associés ou aux administrations de rembourser les dettes de la société dans la limite des pertes qu'ils ont causées à la société »[875].

487. Développement éventuel de la procédure. Ainsi, au vu des dispositions juridiques en la matière, deux développements du régime juridique de la procédure de dissolution et de liquidation des entreprises à participation étrangère sont possibles. D'abord, la première possibilité de développement porte sur la suppression de la procédure générale d'enregistrement après dissolution de la société. Ce qui est le régime prévu par l'article 183 de la Loi des sociétés qui n'exige pas que l'enregistrement de la dissolution auprès de l'autorité administrative d'enregistrement soit une condition d'ouverture de la procédure de liquidation.

Le second développement est la simplification éventuelle de l'ouverture de la procédure de liquidation pour éviter les situations de blocage. En effet, peu importe la source d'ouverture de la procédure de liquidation (liquidation prévue par les statuts, autorisée par l'autorité d'enregistrement, ordonnée par une décision judiciaire ou une sentence arbitrale, en raison de la révocation de la licence d'affaires), si la société arrive a composé son Collège de liquidation, la procédure de liquidation déroulera conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur. Cependant, en cas d'impossibilité pour la société de former un collège de liquidation, ou lorsque la procédure prévue par la loi causait des dommages aux intérêts des associés ou des créanciers, la procédure de liquidation peut être organisée par un tribunal populaire compétent.

Troisième conclusion. Un cadre juridique de plus en plus libéral.

Comme nous pouvons le constater, le régime juridique des investissements directs étrangers contient des mesures qui restraignent la liberté des investisseurs directs étrangers. Cependant, ces restrictions se sont largement relachées avec le temps. En effet, la Chine est partie d'un système de constitution des entreprises à participation étrangère fondé sur un mécanisme strict d'approbation préalable pour arrivé à un système de simple déclaration auprès des autorités compétentes. Malgré ces nombreuses amélioration, il existe encore des lacunes dans le droit positif, ce qui le régime juridique parfois incertains. Ainsi, la connaissance des

[875] Les Dispositions de la Cour populaire suprême portant sur les difficultés liées à l'application de la Loi des sociétés de la République populaire de Chine (II), article 18.

modes de résolution des différends qui sont ouverts aux investisseurs est nécessaire. Car, même si l'entreprise est valablement établie sur le territoire chinois, il est probable que l'investisseur rencontre ultérieurements des obstacles, que ce soit avec le partenaire local au sein d'une joint-venture, avec un partenaire local commercial, voire vis-à-vis de l'État chinois.

CHAPITRE 2.

RECOURS MULTIPLES OFFERTS AUX INVESTISSEURS ETRANGERS

488. Intérêt de l'étude. Les litiges font partie de la vie courante non seulement des personnes morales, mais, également des personnes physiques, et permettent de mesurer l'efficacité de la justice au sein d'un État. Malgré le fait que les litiges constituent le moyen ultime de tester l'efficacité de la loi ou d'un système de droit, ils ne surviennent qu'en dernier ressort, surtout dans les États tels que la Chine, où l'histoire démontre une préférence constante envers les modes informelles de résolution des différends au détriment de la procédure étatique contentieuse. Il n'est donc pas surprenant que les modes alternatives de résolution des différends tiennent une place considérable en Chine, et qu'ils soient développés aussi rapidement après Mao (1976-1989).

489. Une tradition juridique préférant le recours à la médiation. L'héritage culturel et légal de la Chine traditionnelle continue à avoir une influence certaine sur la philosophie et la pratique du droit dans la Chine contemporaine. La pensée traditionnelle considère que la moralité doit être assurée par la mise en œuvre de punitions, que la famille est au centre de

la hiérarchie sociale, et que la loi a pour rôle de punir et qu'elle constitue un instrument politique et administratif pour assurer l'ordre social. Cependant, ces valeurs traditionnelles ne constituent qu'un seul facteur influant le droit et sa pratique. En effet, les besoins et les considérations contemporains de la société ont souvent plus la capacité de changer la nature du mécanisme juridique dans la pratique. La médiation, par exemple, semble avoir une longue histoire en Chine, elle est en effet devenue de plus en plus un mode institutionnel de règlement des différends depuis la prise du pouvoir de Deng Xiaoping, s'éloignant de sa fonction initiale historique de mécanisme de contrôle social. Tout changement de valeurs sociales ne signifie pas la suppression d'un mode existant de résolution de différends, même si la raison d'être d'un tel recours traditionnel a évolué avec le temps. Ainsi, les formes traditionnelles de règlement des différends, telles que la médiation, doivent être comprises par rapport à leurs contextes historiques, malgré le fait que leurs essences sous-jacentes ou leurs raisons d'être aient changé avec l'évolution de la société[876].

490. Harmonisation des modes de résolution des conflits avec les normes internationales. Après trois décennies de réforme, la Chine fait désormais partie intégrante de la scène internationale. Par conséquent, ses pratiques portant sur la résolution des différends sont de plus en plus en harmonie avec les standards internationaux. En d'autres termes, la recherche d'une résolution efficace des différends est similaire de celle des autres États occidentaux : idéalement un différend doit être résolu dans le délai court, à un coût bas et avec moins de stress que possible, mais, arrivant tout de même à un résultat acceptable[877]. Ainsi, les modes alternatifs de résolution des différends ont été restructurés et développés conformément aux standards internationaux et, par conséquent, les différends en Chine se résolvent selon plusieurs mécanismes, dont nombre d'entre eux sont fondés sur l'autonomie et la volonté des parties.

491. Présentation des recours. En Chine, les litiges sont résolus et la justice est administrée par les mécanismes suivants : la négociation, la consultation, la médiation, l'arbitrage, la pétition (Xingfang) et les recours nationaux. Certes, les modes alternatifs de résolution des conflits offrent plus de flexibilité, une approche moins conflictuelle de la résolution du litige, mais, les recours nationaux bénéficient, en fin de compte, l'appui de l'État, ce dernier étant considéré comme ayant l'autorité ultime au sein du système de droit. Cependant, la difficulté

[876] Cohen (J. A.), "Chinese Mediation on the Eve of Modernisation", *California Law Review*, n°54, 1966, p.1212 ; Woo (M. K. Y.) et Gallagher (M. E.), *Chinese Justice : Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, 2011.

[877] Zheng (R.), *ARD in People's Republic of China*, disponible sur http://www.softic.or.jp/symposium/open_materials/11th/en/RZheng.pdf, consulté le 4 avril 2017.

d'exécuter des jugements et des décisions judiciaires est un problème majeur du système de la justice Chine, surtout lorsque les litiges comportent un élément d'extranéité permettant aux parties de choisir la juridiction et la loi compétente. La compréhension du développement sans précédent des modes alternatifs de règlement des différends en Chine exige donc une explication des facteurs historiques et culturels.

492. Spécificités des recours en Chine. La Chine dispose d'un territoire étendu et chaque zone géographique se développe économiquement et socialement à son propre rythme. Ainsi, l'application des modes de règlement de litiges peut varier considérablement selon la région ou la branche du droit[878]. Une attention exceptionnelle doit donc être apportée non seulement aux pratiques locales, mais, également aux spécificités d'une branche particulière de droit. De surcroît, malgré le fait que la Chine ait adopté les formes, principes et méthodes venus du monde occidental, les ordonnances et programmes politiques annoncés par le gouvernement et les interventions et contrôles du gouvernement chinois influent directement sur les litiges en cours et sur le développement des mécanismes de résolution des litiges.

493. Plan. Conformément à l'article 97 du règlement d'implantation de la Loi sur les EJV[879], les litiges qui surviennent lors de la constitution d'une EJV ou de la libération des apports constitutifs peuvent être soumis à un juge judiciaire (Section 1). Ceci est confirmé par la lettre explicative du Ministère du Commerce concernant les procédures administratives de liquidation et de libération du capital social constitutif des EJV du 29 avril 2004[880]. Cependant, la voie arbitrale est également ouverte aux investisseurs étrangers (Section 2),

[878] Peerenboom (R.) et Xin (H.), "Dispute Resolution in China : Patterns, Causes, and Prognosis", The Foundation of *Law, Justice and Society*, disponible sur http://www.fljs.org/sites/www.fljs.org/files/publications/Peerenboom_He%2520Xin%25231%2523.pdf, consulté le 4 avril 2017.

[879] Cet article dispose que « *Les litiges concernant l'interprétation ou l'exécution de l'accord, du contrat ou des statuts entre les parties à l'EJV seront, si possible, résolus par voie de conciliation ou de médiation amiable. Les différends qui ne peuvent être réglés par ces moyens peuvent être résolus par voie d'arbitrage ou de recours judiciaire* », Disponible sur http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_2381_0_7.html, consulté le 2 mars 2017.

[880] 商务部关于请对中外合资经营企业合营各方出资及外商投资企业清算相关行政法规条文具体应用问题予以解释的函, Le 2e point de la lettre explicative énonce que "*Dans la pratique, lorsqu'une partie contractante n'a pas libéré, ou n'a pas effectué de la libération intégrale de son apport conformément à l'accord d'EJV, la "partie loyale" saisit l'autorité administrative compétente pour approuver les EJV afin de forcer l'exécution des obligations contractuels de la part de l'apporteur défaillant. À cet égard, nous considérons que l'autorité administrative d'approbation n'a ni la compétence de d'établir "la défaillance de libération du capital social de la part d'un apporteur", ni la compétence de qualifier une partie de respectueuse ou de défaillante. En cas de conflit afférent à la libération fautive des apports, nous croyons que seul un tribunal arbitral ou une juridiction peut décider sur la liquidation de l'EJV ou obliger la partie défaillante d'assumer ses obligations découlant de la violation contractuelle*". Disponible sur http://china.findlaw.cn/gongsifalv/gongsifalvfagui/qt/5252.html (en chinois), consulté le 3 mars 2017.

voire l'arbitrage d'investissement si l'investisseur étranger estime que l'État chinois a porté atteinte à un droit légalement obtenu (Section 3).

SECTION 1. RECOURS NATIONAUX : LE CONTENTIEUX CIVIL

494. Multiplication des recours nationaux. En 2012, *The China Daily* a publié un article, intitulé « Business lawsuits in sharp increase » (la forte augmentation des litiges commerciaux), recherchant la raison pour laquelle le nombre de litiges incluant une partie de nationalité étrangère avait augmenté de 10 %[881]. L'article attribue principalement cette augmentation à la hausse du taux d'investissements étrangers directs en Chine et au ralentissement de l'économie mondiale. Ces deux constats sont bien fondés, mais cette augmentation est aussi due en partie au fait que les investisseurs étrangers sont de plus en plus à l'aise avec la possibilité de sortir gagnante lorsque le litige est soumis devant une juridiction étatique chinoise.

495. Compétence et procédures devant les tribunaux populaires. Les tribunaux populaires sont des juridictions ayant une compétence générale qui est délimitée par des frontières administratives, par l'importance et la valeur du litige. Il existe également des tribunaux spéciaux (ex. : tribunaux militaires, tribunaux maritimes, tribunaux forestiers et tribunaux ferroviaires) dont la compétence est également délimitée par les frontières administratives. Puis, malgré le fait que les lois de la procédure civile contiennent des règles de procédure de base pour la matière civile, d'autres règles spéciales issues des lois spéciales doivent également être prises en compte. Ces lois procédurales comprennent seulement des principes généraux et ne règlent que les questions procédurales de façon large. Leur application est en réalité régie formellement par des avis et interprétations de la Cour populaire suprême, et parfois, de façon informelle, par des indications des Hautes Cours provinciales et des tribunaux intermédiaires[882]. L'article 246 de la Loi sur la procédure civile, par exemple, prévoit que « *les litiges résultant de l'exécution de contrats pour les EJV sino-étrangères, les CJV sino-étrangères […] relèvent de la compétence des tribunaux populaires de la République populaire de Chine* ».

496. Principes généraux de la justice. Certes, le droit chinois énonce des principes généraux qui, en apparence, sont proches des notions des États occidentaux, mais, en réalité,

[881] Zhang (Y.), « Business Lawsuits in Sharp Increase, *China Daily*, 29 février 2012, disponible sur http://www.chinadaily.com.cn/bizchina/2012-02/29/content_14718029.htm, consulté le 2 juin 2016.
[882] Chen (J.), *Chinese Law: Context and Transformation, op. cit*., p. 942.

ces principes doivent être interprétés de façon différente. Par exemple, la notion d'indépendance judiciaire a souvent été débattue et étudiée en Chine, mais, le terme exact utilisé en Chine doit être traduit par la notion d'indépendance de jugement, qui a un sens plus étroit que celui d'indépendance judiciaire. De plus, malgré le fait que l'acte de juger ne doive pas être influencé ni par des autorités administratives ni par des individus, les tribunaux et les magistrats doivent garantir l'autorité du Parti communiste au sein de la Chine[883]. Également en lien avec la notion d'indépendance judiciaire, les magistrats chinois sont des fonctionnaires. Ils ne jouissent pas de la sécurité du mandat, et ils ne subissent pas de procédure rigide de sélection pour leur nomination, et la qualification professionnelle exigée n'est pas très élevée[884].

497. Composition des tribunaux chinois. Un tribunal chinois est divisé en plusieurs chambres, notamment les chambres criminelle, civile, économique et administrative. L'existence de ces chambres signifie souvent que les juges ne sont pas des généralistes comme en France, mais sont spécialisés dans une branche unique du droit. De surcroît, chaque tribunal contient un comité de jugement qui est son autorité suprême de jugement. De plus, des règles spéciales existent pour les litiges contenant un élément d'extranéité. De surcroît, un seul appel est admis, et le jugement d'appel est en principe définitif.

498. Difficulté d'exécution des jugements. Après avoir passé l'étape du jugement, la dernière difficulté porte sur l'exécution du jugement rendu. Les tribunaux chinois ont longtemps été critiqués pour leur impossibilité d'exécuter correctement leurs décisions et jugements, et certains auteurs considèrent que cette difficulté persistera dans le futur[885].

499. Plan. Dans l'esprit de nombreuses personnes, il est inutile de présenter un litige à une juridiction chinoise car, la Chine est un État sans foi ni loi. Cette opinion n'est cependant pas fondée. En effet, la Chine dispose d'un système de droit, mais ses lois et son système judiciaire sont souvent très différents de ceux que l'on connaît en France. Il est donc nécessaire de connaître les spécificités des recours nationaux en Chine, c'est-à-dire son régime juridique (I), la procédure juridictionnelle (II) et l'exécution des jugements (III).

I. Cadre juridique des recours civils

[883] *Ibid*.
[884] Il existe encore un nombre considérable de juges siégeant aux tribunaux de premier niveau qui n'ont pas reçu de formation juridique.
[885] Chen (J.), *Chinese Law: Context and Transformation, op. cit*., p. 943

500. Histoire de la Loi sur la procédure civile. Avant l'adoption de la Loi sur la procédure civile en 1982, la Chine était dépourvue de corpus juridique portant sur la procédure civile. La loi du 1982, qui n'avait qu'une portée provisoire, a été remplacée par la Loi sur la procédure civile de la République Populaire de Chine en 1991. De façon similaire aux autres lois, cette Loi de la procédure civile n'énonce que des principes généraux, laissant son application concrète dans les mains de la Cour populaire suprême. Ainsi, de nombreuses dispositions portant sur l'application de la Loi sur la procédure civile ont été adoptées par la Cour populaire suprême. Parmi ces dispositions, nous pouvons noter les Avis de la Cour populaire suprême sur l'application de la Loi sur la procédure civile de juillet 1992[886], Certaines dispositions concernant les difficultés portant sur la Réforme de la procédure d'audience civile et commerciale[887], Certaines dispositions concernant le travail d'exécution du tribunal populaire[888] et surtout l'article 83 de certaines dispositions de la Cour populaire suprême sur les preuves de la procédure civile[889][890]. Même si toutes les interprétations judiciaires et dispositions sont publiées avant la révision de 2012 sur la Loi sur la procédure civile, elles continuent à être appliquées, sauf si elles entrent en conflit avec la Loi sur la procédure civile ou l'Interprétation de 2015 sur l'application de la Loi sur la procédure civile[891].

501. Amélioration progressive par les Interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême. Malgré le fait que la Loi sur la procédure civile de 1991 constitue une amélioration certaine par rapport à celle de 1982, et son application est complétée par un grand nombre d'interprétations judiciaires issues de la Cour populaire suprême, le système judiciaire

[886] Ces opinions ont été publiées comme des *Fafa* (n°22, 1992) le 14 juillet 1992. Le 18 décembre 2008, la Cour populaire suprême publie une Notice abolissant certaines interprétations adoptées avant 2007, ceci inclut l'abolition des articles 136, 205, 206, 240 au 253 et 299 des Avis. Enfin, en 2015, ces Avis ont été remplacées par l'Interprétation de la Cour populaire suprême sur l'application de la Loi sur la procédure civile, adoptée le 20 janvier 2015, et en vigueur depuis le 4 février 2015.

[887] Publié le 6 juillet 1998 par la Cour populaire suprême à la suite de la pression pour une réforme de la procédure civile et commerciale en raison de la révision de la Loi sur la procédure pénale en 1996.

[888] Publié par le Cour supprime populaire le 11 juin 1998.

[889] Adopté par la Cour populaire suprême le 21 décembre 2001 et en vigueur le 1 avril 2002.

[890] Ces règles normatives publiées par la Cour populaire suprême démontrent la réalité du pouvoir législatif de la Cour populaire suprême de l'article 5 des Dispositions sur l'interprétation judiciaire de 2007, et prouvent que la Cour populaire suprême est capable de remplir le vide juridique laissé par les Lois énonçant des principes généraux.

[891] Depuis 1994, 11 groupes d'interprétations judiciaires ont été supprimés par la Cour populaire suprême , le plus grand des groupes contient 429 documents interprétatifs. Certaines règles des interprétations antérieures ont été incorporées dans la nouvelle Loi de la procédure civile de 2015, certaines d'autres ont été incorporées dans la nouvelle Interprétation, laissant le doute planer sur la validité des interprétations qui n'ont pas été reprises.

chinois est infecté par certains problèmes majeurs au stade du procès et de l'exécution. Après des années d'efforts d'amélioration, via les interprétations judiciaires, la Loi sur la procédure civile a été révisée en 2007, la Cour populaire suprême a publié des règlements, ordonnances et mesures spécifiques de façon indépendante, ou conjointement avec d'autres autorités étatiques. En se basant sur les expériences des réformes antérieures et afin de refléter les politiques économiques et sociales, telles que celle sur le maintien d'une société harmonieuse par le biais de la médiation et d'autres modes alternatives de résolution des conflits, une réforme approfondie de la Loi sur la procédure civile a été adoptée en 2012[892]. Cette dernière version a tenté de consolider toutes les réformes antérieures de la Cour populaire suprême portant sur la procédure judiciaire, et modifie le mécanisme de la médiation, les règles portant sur la preuve civile, la procédure devant les tribunaux et l'exécution des jugements.

A. Compétence juridictionnelle

502. Types de compétence. La compétence juridictionnelle en Chine est divisée en quatre catégories larges : 1) la compétence selon le degré de la juridiction, 2) une compétence de renvoi, 3) une compétence exclusive, et 4) une compétence matérielle[893]. Certaines notions connues dans les pays occidentaux n'existent clairement pas en Chine, c'est notamment le cas de la compétence personnelle.

503. Compétence juridictionnelle de niveau. Cette compétence désigne la compétence juridictionnelle à chaque niveau de la hiérarchie juridictionnelle, déterminée principalement par des limites administratives (compétence territoriale) et la compétence matérielle. Généralement, la Cour populaire suprême, qui est la juridiction la plus élevée en Chine, est compétente pour les litiges d'importance nationale, mais elle peut également se saisir pour des affaires dont elle se juge compétente[894]. Les Tribunaux populaires supérieurs agissent principalement en tant que Cour d'appel, mais, ils sont également des juges de première instance les litiges civils concernant des sujets d'importance majeure d'un domaine dont ils

[892] Voir la décision du comité permanent de l'Assemblée nationale populaire concernant la révision de la Loi sur la procédure civile de la République populaire de Chine, adoptée le 31 août 2012 lors de la 28e session de du 11 Congrès national populaire. La nouvelle version de la Loi est entrée en vigueur le 1e janvier 2013.
[893] Mo (Z.), "Guidance on International Commercial Litigation in China", *Young Lawyers in China,* 7 avril 2001, disponible sur www.fdi-law.com/en/view.php?id=2472, consulté le 11 avril 2017.
[894] Article 20 de la Loi sur la procédure civile de 1991.

ont la compétence[895]. Les tribunaux populaires intermédiaires sont des juridictions de première et de deuxièmes instances. En tant que juridiction de première instance, ils sont compétents pour les litiges de grande envergure ayant un caractère d'extranéité, et pour les litiges pour lesquels la Cour populaire suprême considère que les tribunaux populaires intermédiaires ont la compétence[896]. Les tribunaux populaires de base sont des juridictions de première instance, et sont, sauf exception, compétents pour tous les litiges civils[897].

504. Juridiction de renvoi et compétence désignée. Un tribunal peut également renvoyer une affaire qu'il a préalablement acceptée, s'il s'avère qu'un autre tribunal est plus compétent pour juger de l'affaire[898]. Un tribunal de niveau supérieur peut désigner un tribunal inférieur pour juger d'une affaire ou le tribunal de niveau supérieur peut également prendre en charge un litige pour lequel un tribunal inférieur est normalement compétent[899].

505. Option de compétence. Lorsque plusieurs juridictions sont compétentes pour la même affaire, le demandeur dispose d'une option entre toutes les juridictions compétentes. Lorsqu'il saisit plusieurs juridictions pour le même litige, ce dernier sera résolu par la première juridiction qui accepte sa compétence[900]. Des règles spéciales sont fournies par les articles 244[901] et 245[902] de la Loi sur la procédure civile de 1991 concernant les litiges présentant un élément d'extranéité : de manière générale, un litige présentant un élément d'extranéité tombe dans la compétence du tribunal populaire intermédiaire qui a le plus de lien avec le litige en cause[903]. Sauf si le litige est né de l'exécution d'un contrat de joint-venture sino-étrangère, dans ce dernier cas, la juridiction chinoise est compétente[904].

---

[895] Article 19 de la Loi sur la procédure civile de 1991
[896] Article 18 de la Loi sur la procédure civile de 1991
[897] Article 17 de la Loi sur la procédure civile de 1991
[898] Article 36 de la Loi sur la procédure civile de 1991
[899] Articles 37 et 38 de la Loi sur la procédure civile de 1991
[900] Article 35 de la Loi sur la procédure civile de 1991
[901] « *Parties to a dispute over a contract involving foreign interests or over property rights and interests involving foreign interests may, through written agreement, choose the people's court in the place which has actual connections with the dispute as the jurisdictional court. If a people's court of the People's Republic of China is chosen as the jurisdictional court, the stipulations on jurisdiction by level and exclusive jurisdiction in this Law shall not be contravened.*"
[902] "*If the defendant in a civil lawsuit involving foreign interests raises no objection to the jurisdiction of a people's court, responds to the prosecution and replies to his defence, he shall be deemed to have admitted that this people's court has jurisdiction over the case.*"
903 Article 1 des Dispositions sur certaines questions concernant la compétences des litiges civils et commerciaux présentant un élément d'extranéité (2002) énonce que la compétence juridictionnelle revient aux tribunaux suivants : (1) les tribunaux établis au sein des Zones de développement économique et technologique qui ont reçues l'approbation du Conseil des affaires de l'Etat; (2) les tribunaux intermédiaires situés dans les capitales des provinces, des régions autonomes et des municipalités à administration directe; (3) les tribunaux intermédiaire établis au sein des Zones spéciales économiques et des villes
[904] Article 246 de la Loi sur la procédure civile de 1991.

La répartition de la compétence juridictionnelle décrite ci-dessus est en réalité assez vague et imprécise. La raison principale vient du silence de la loi sur la désignation de l'autorité susceptible de déterminer le degré d'importance des litiges civils. Cette lacune est remplie par la Cour populaire suprême qui énonce des critères de détermination, tels que le montant du litige[905]. La Notice de 2008 établit un nombre de critères pour déterminer la compétence des tribunaux supérieurs et intermédiaires situés dans différentes provinces en Chine. La règle générale est celle de la compétence du Tribunal du domicile ou de la résidence ordinaire du défendeur[906], sauf si une règle spéciale dérogatoire existe en la matière[907].

506. Procédure civile judiciaire. La Loi sur la procédure civile établit des règles simples pour l'introduction d'une action civile devant un tribunal compétent[908]. Le tribunal examine la demande et accepte ou refuse sa compétence dans un délai de sept jours à partir du dépôt de l'assignation[909]. Ces dispositions portant sur l'introduction d'un litige semblent évidentes, mais cette simplicité est en réalité illusoire. En effet, les tribunaux chinois contiennent un service d'enregistrement, séparé de la Section de première instance. Ce service a été initialement conçu pour combattre la corruption judiciaire. En divisant les tâches entre différents services, il était espéré qu'un système national de contrôles et d'équilibre (*checks and balances*) soit établi[910]. En fait, cette division des fonctions est devenue un empêchement pour les justiciables d'accéder à la justice. La première étape vers la justice est parfois devenue, de façon ironique, un lieu de corruption, d'ingérence gouvernementale, de la manipulation politique et du déni de justice, surtout lorsque le litige est sensible sur le plan politique[911]. Cette situation perdure malgré les articles 111 et 112 de la Loi sur la procédure

[905] Le dernier critère monétaire est contenu dans la Notice sur la détermination des critères de compétence des juridictions de première instance sur les litiges civils et commerciaux pour les tribunaux supérieurs et intermédiaires, publiée en février 2008.

[906] SPC, (2013) min shi zhong zi n°37, Dans la décision *Hong Kong Yuhua International Co. Ltd. C. Zheng Yueyun et Liu Yuxia*, la Haute Cour de Shangdong a considéré que « *le domicile de Hong Kong Yuhua est situé à Hong Kong. L'affaire est donc un litige portant sur un contrat de cession de parts sociales qui inclut des éléments d'extranéité. L'affaire doit être jugée conformément aux dispositions de la procédure civile et commerciale incluant un élément d'extranéité. En raison du fait que les deux défendeurs dont domiciliés dans la province de Shandong, la Cour est donc compétente pour connaître ce litige présent* ».

[907] Les articles 21 à 34 de la Loi sur la procédure civile de 1991 donne des règles détaillées sur la compétence territoriale des tribunaux

[908] Article 119 de la Loi sur la procédure civile de 1991

[909] Article 123 de la Loi sur la procédure civile de 1991. Et la révision de 2012 ajoute un nouvel article, article 122, qui exige qu'un tribunal doit procéder à la médiation sauf si les parties refusent un tel mécanisme.

[910] White Paper on Judicial Reform, publié en octobre 2012 par l'Office d'information du Conseil des affaires de l'Etat, disponible sur http://www.chinadaily.com.cn/china/2012-10/09/content_15803827.htm, consulté le 14 avril 2017.

[911] Liu (N.) et Liu (M.), "Justice without Judges: The Case Filing Division in the People's Republic of China", *UC Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 17, n° 2, 2012, p. 283

civile, qui énoncent qu'un tribunal doit accepter un litige si la demande remplie les exigences juridiques de l'article 109 de ladite Loi.

507. Compétence du juge du lieu d'exécution de l'obligation principale du contrat. L'affaire *On Art Industries Ltd. C. Fujian Transys Environmental Industrial Parc Co. Ltd. & Transy Group Company Ltd.*[912] détermine la juridiction compétente pour juger de la validité d'un contrat de cession de parts sociales. En l'espèce, en présence d'un, la Cour populaire suprême, qui a estimé la procédure d'approbation et de contrôle est l'obligation principale d'un contrat de cession de parts sociales d'une EJV. En l'espèce, les autorités administratives de Fujian étaient compétentes pour effectuer la procédure d'approbation est d'enregistrement ainsi, conformément à l'article 243 de la Loi de la procédure civile[913], la Haute Cour de Fujian est compétente au titre de la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation principale du contrat[914].

B. Statut de l'investisseur étranger devant la juridiction civile

508. Capacité juridique. Une transaction d'une entreprise à participation étrangère est conclue et exécutée par une personne physique ou morale ayant la capacité d'exercer des actes juridiques, de jouir des droits civils, et d'assumer des obligations civiles. Pour une joint-venture sino-étrangère, les partenaires doivent avoir la personnalité et la capacité juridiques nécessaires. Il est ainsi primordial de comprendre comment les règles chinoises de droit international privé déterminent la loi applicable pour déterminer la capacité juridique et la personnalité juridique des parties.

L'article 9 des Principes généraux de droit civil de la République populaire de Chine énonce que « *depuis la naissance et jusqu'à la mort, les citoyens disposent de la capacité juridique civile, jouissent des droits civils, et assumer des obligations civiles conformément à la loi* ». Cet article ne concerne que les citoyens chinois, mais son application est étendue aux

[912] (2013) *min si zhong zi* N°13*, Wanwei Industry Company Ltd by Shares v. Fujian Transys Environmental Indutrial Parc Co. Ldt. & Transys Group Company Ltd.*, (2013) *min si zhong zi* N°14, la Cour populaire suprême a rendu la même decision. Cependant, dans Hong Kong Yuhua International Co. Ltd. V. Zheng Yueyun et Liu Yuexia, la CPS semble avoir adopté une position contraire.

[913] L'article 243 énonce que « *lorsqu'une demande concerne un différend contractuel et qu'elle est intentée contre un défendeur qui n'est pas domicilié en Chine, mais que le contrat est signé ou exécuté sur le territoire chinois, le tribunal populaire du lieu de signature ou d'exécution du contrat est compétent* ».

[914] He (Q), « Chronology of Practice : Chinese practice in Private interantional law in 2013 », *Chinese Journal of International Law*, vol. 14, 2015, p. 193.

nationaux étrangers par une lecture analogique[915], peu importe leur pays de résidence[916]. Cependant, conformément à quelle loi ? Pour les personnes physiques de nationalité chinoise, cette loi est la loi de la nationalité de l'individu, peu importe son lieu de résidence. Pour les étrangers résidant en Chine, cette loi est la Loi chinoise lorsque cette dernière considère que le citoyen de nationalité étranger dispose de la capacité juridique d'agir conformément à la loi chinoise[917], à condition que l'acte en cause ait eu lieu sur le territoire chinois[918]. Concernant les personnes morales chinoises, aucune loi chinoise ne détermine clairement la capacité juridique, mais l'application du droit chinois est simplement assumée par les tribunaux populaire[919]. Concernant les personnes physiques étrangères, sa capacité juridique est régie par la loi de l'enregistrement, mais elles doivent se conformer aux dispositions législatives et réglementaires de la Chine lorsqu'elles exercent une activité sur le territoire chinois[920].

La capacité d'exercer d'une personne morale est cependant limitée car, ses activités ne peuvent pas sortir du champ déterminé dans sa licence d'affaires. Ainsi, l'investisseur droit connaître les restrictions qui sont imposées à la capacité d'exercice de son entreprise lorsqu'il veut intenter un procès en son mon. Si la personne morale s'engage dans une transaction qui est complètement hors du champ des activités prévues dans sa licence d'affaires, elle perdra sa cause sans aucun recours[921].

509. Principe d'égalité. La législation chinoise respecte les principes de droit international concernant le statut des investisseurs étrangers. Les entités de nationalité étrangères, c'est-à-dire les personnes physiques, les personnes morales et d'autres organisations, qui sont impliquées dans un litige en Chine doivent avoir les mêmes droits et obligations que les citoyens, personnes morales et d'autres organisations chinoises, conformément aux Principes généraux de droit civil de la République populaire de Chine. En effet, l'article 49 des Principes généraux de droit civil de la République populaire de Chine prévoit que « *la personne physique, la personne morale et d'autres organismes peuvent devenir partis à un*

[915] Article 8¶2 des Principes généraux de droit civil de la République populaire de Chine.
[916] Wolff (L. C.), *op. cit.*, p. 1049.
[917] Article 180 de l'Avis de la Cour populaire suprême sur certaines questions concernant l'exécution des Principes généraux de droit civil de la République populaire de Chine.
[918] Article 181 de l'Avis de la Cour populaire suprême sur certaines questions concernant l'exécution des Principes généraux de droit civil de la République populaire de Chine.
[919] Wolff (L.C.), *op. cit.*, 1051.
[920] Article 184 de l'Avis de la Cour populaire suprême sur certaines questions concernant l'exécution des Principes généraux de droit civil de la République populaire de Chine.

[921] Gu (Q. H. J), « Les principaux recours dans le règlement des différends relatifs aux investissements étrangers en Chine », *Cahier de droit*, vol. 37, n°3, 1996, p. 824.

procès ». Comme nous l'avons précédemment vu, la personne physique acquiert cette capacité à sa naissance et jusqu'à sa mort, et la personne morale acquiert cette capacité au moment où elle est légalement constituée et la conserve jusqu'à sa dissolution.

510. Principe de réciprocité. Si l'État d'origine de l'investisseur étranger impose des restrictions à la jouissance des droit et obligation civils sur les citoyens, personnes morales ou d'autres organisations de nationalité chinoise, les tribunaux chinois doivent respecter le principe de réciprocité concernant les droits civils de l'investisseur étranger dudit État.

511. Supériorité des traités internationaux. Conformément au principe selon lequel les conventions internationales et les traités bilatéraux priment sur la législation chinoise, lorsqu'une convention internationale ou un traité bilatéral qui est signé par la République populaire de Chine et l'État d'origine de l'investisseur étranger contient des dispositions portant sur le statut des parties au litige qui contredisent celle de la législation chinoise, les dispositions des textes internationaux s'appliquent, sauf exception déterminée préalablement par la législation chinoise.

512. Difficultés diverses. Au cours de la procédure juridictionnelle, l'investisseur étranger peut rencontrer d'autres difficultés. D'abord, la première difficulté porte sur la maîtrise de la langue chinoise. Les tribunaux populaires travaillent dans la langue chinoise, mais la partie étrangère peut demander que les documents soient traduits dans une autre langue. Les frais de la traduction incombent bien entendu à la partie qui demande la traduction. La seconde difficulté porte sur la représentation *ad litem*. En effet, seuls les avocats ayant la nationalité de République populaire de Chine peuvent plaider devant les tribunaux chinois. Certes, dans la plupart des cas l'investisseur étranger a un avocat du même pays d'origine qui l'accompagne dans toutes les démarches administratives et qui assure une représentation *ad agendum*, mais, une fois qu'un litige surgit, un avocat de nationalité chinoise doit être désigné pour plaider au nom de l'investisseur chinois devant la justice chinoise.

II. Procédure juridictionnelle civile

513. Nature des justiciables. N'importe quelle personne physique ou morale peut être partie à un litige civil. Les personnes morales doivent cependant être représentées par leur représentant légal. Une partie au litige a le droit de recourir au service d'un avocat pour les questions procédurales, telles que le dépôt de la requête, l'obtention et la production des

preuves, le contre-interrogatoire, la demande de médiation, le recours en appel et la demande d'exécution d'une décision de justice[922]. Les parties ont également le droit de consulter des documents relatifs au litige et peuvent demander un exemplaire des documents juridiques pertinents dans les limites accordées par la Cour populaire suprême[923].

514. Une tierce partie. Peut également avoir le droit d'intenter une action en justice une tierce partie considère qu'elle a un droit propre lié à la même affaire. Ou, lorsqu'elle n'a pas de droit propre, mais que l'issue de l'affaire pourrait avoir une influence sur ses intérêts juridiques, elle peut faire une demande connexe afin de participer à la procédure en cours. Le tribunal peut également demander à une partie tierce à participer au litige lorsque son intervention est jugée nécessaire[924]. Le tribunal populaire détermine l'opportunité de joindre deux demandes séparées, mais les parties peuvent rejeter cette jonction d'instances. Afin de décider s'il faut joindre deux actions séparées, le juge doit se poser la question suivante : s'il existe un lien particulier entre les deux demandes, et s'il est de l'intérêt d'une bonne justice de les juger ensemble[925]. Une fois que le tribunal a ordonné une jonction de parts sociales, il va ensuite examiner si les parties disposent des droits ou obligations identiques issus du litige. S'il s'avère que les parties disposent des droits ou obligations identiques et que les parties acceptent la jonction, les actes procéduraux de l'une des parties seront opposables aux autres parties[926].

515. Procédure relative à la preuve. La loi et la pratique chinoise mettent l'accent sur la preuve écrite. L'article 63 de la Loi sur la procédure civile de 1991 (avant la révision de 2012) permet que les documents écrits, documents physiques, documents audiovisuels, témoignages des témoins et déclarations des parties au litige soient soumis en tant que preuves en matière civile. La révision de 2012 ajoute les documents électroniques parmi la liste des preuves recevables. Elle remplace également la notion de « Conclusion d'évaluation » par celle des « Avis d'évaluation », démontrant la possibilité de contester les expertises. La charge de la preuve incombe à la partie demanderesse de l'action. Cette dernière est obligée de présenter les éléments probants pour fonder sa propre demande[927]. Si la partie demanderesse se trouve dans l'impossibilité de fournir de preuve pour des « raisons

[922] Article 48 et 49 de la Loi sur la procédure civile de 1991.
[923] Article 49 de la Loi sur la procédure civile de 1991.
[924] Article 56 de la Loi sur la procédure civile de 1991.
[925] Proche de l'article 367 du Code de la procédure civile française.
[926] Article 52 de la Loi sur la procédure civile de 1991.
[927] Article 64 de la Loi sur la procédure civile 1991

objectives », elle peut demander au tribunal de recueillir des éléments de preuve. Un tribunal peut recueillir des preuves lorsque cette opération est jugée nécessaire[928].

Les règles portant sur la matière de preuve civile sont vagues et trop simplifiées pour être efficaces. Il n'est donc pas surprenant que ces règles soient complétées par les Avis de la Cour populaire suprême concernant l'application de la Loi sur la procédure civile (juillet 1992), et de façon plus poussée, par Certaines dispositions de la Cour populaire suprême sur la preuve en matière civile de 2001. Les deux documents clarifient la définition de chaque catégorie de preuve, et établissent des règles de preuve, une procédure limitée de *discovery*, le contre-interrogatoire et le débat contradictoire. Les expériences indiquent cependant qu'il est difficile de contester un élément de preuve au cours d'une procédure civile en Chine.

516. Absence de la procédure de *discovery*. Il est à souligner que la Loi sur la procédure de 1991 ne contient pas la notion de « *discovery* ». Certaines dispositions de la Cour populaire suprême sur les preuves en matière civile (2001) ont introduit une procédure limitée de « *discovery* » comme une procédure préliminaire de l'audience officielle. Cette initiative judiciaire a désormais été reconnue par la révision de la Loi sur la procédure civile en 2012. Ainsi, l'article 133 (4) énonce que les parties doivent, avant que l'ouverture de l'audience soit prononcée, entreprendre une procédure d'échange des documents afin de clarifier les questions essentielles du litige.

III. Exécution des jugements chinois

517. Textes législatifs directeurs. L'exécution des décisions judiciaires est régie par de nombreuses lois procédurales. En matière civile et commerciale, cette exécution est régie principalement par la Loi sur la procédure civile de 1991 et par les interprétations judiciaires portant sur la Loi de la procédure civile de 1991[929]. Avant l'introduction de la Loi sur la procédure civile de 1991, la Loi sur la procédure civile de 1982 contenait certaines dispositions générales et élémentaires sur l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale[930]. Cela ne signifie pas que la question d'exécution n'avait aucun fondement juridique avant 1982. En effet, des règles et mesures ont été adoptées par les tribunaux locaux, et la Cour populaire suprême a également publié des instructions avant les années 1980, surtout dans les années 1950. La

[928] Article 64 de la Loi sur la procédure civile de 1991.
[929] Notamment celle qui est publiée le 30 janvier 2015 par la Cour populaire suprême, disponible sur http://www.chinacourt.org/law/detail/2015/01/id/148091.shtml
[930]

troisième partie de la Loi sur la procédure civile de 1991 est consacrée à la procédure d'exécution des décisions judiciaires. Cette partie fournit les règles générales de la procédure d'exécution, définit les mesures législatives et coercitives qu'un tribunal peut adopter pour faire exécuter sa décision, et expose les conditions permettant une suspension ou une interruption de l'exécution. Cette partie a certainement été révisée deux fois, en 2007 et en 2012, mais sa version actuelle ne contient encore que des principes généraux, laissant de nombreuses questions pratiques sans réponse.

518. Détermination imprécise des jugements à force exécutoire. L'application des principes établis dans la Loi sur la procédure civile était initialement régie par la Section 17 de l'Opinion portant sur l'application de la Loi sur la procédure civile de 1992, puis par l'interprétation de l'Application de la Loi sur la procédure civile adoptée en février 2015. Certes, l'Opinion de 1992 a fourni de nombreux détails en la matière (50 articles), mais ils restent relativement insignifiants. Par exemple, ni la Loi sur la procédure civile ni l'Opinion ne définit clairement les documents susceptibles d'être exécutés. En effet, la Loi sur la procédure civile mentionne les jugements, décisions et « *autres documents juridiques* »[931] sans pour autant définir le terme de « autres documents juridiques ». L'Opinion ajoute les sentences arbitrales et les actes notariés dans la catégorie des autres documents juridiques[932]. Ces dispositions laissent ainsi un nombre de documents juridiques dans un statut légal assez flou. De surcroît, les conséquences juridiques de la non-exécution de l'ordonnance d'exécution ne sont également pas clairement exposées par les textes.

Les règles les plus précises concernant l'exécution sont citées dans Certaines dispositions concernant le travail d'exécution des tribunaux populaires de 1998 (ou Dispositions d'exécution)[933]. Conformément à l'article 137 des Dispositions d'exécution de 1998, en cas de conflit entre les Dispositions d'exécution et les interprétations judiciaires publiées avant l'entrée en vigueur desdites Dispositions, ces dernières doivent s'écarter au bénéfice des Dispositions d'exécution[934].

---

[931] Article 224 de la Loi sur la procédure civile de 1991

[932] Article 256 de l'Opinion sur l'application de la Loi sur la procédure civile de la République Populaire de Chine. Cette Opinion a été remplacée par la suite par l'Interprétation de al Cour populaire suprême sur l'application de la Loi sur la procédure civile en février 2015. L'interprétation de 2015 ne donne pas de détail quant à la définition des "autres documents juridiques" mais, les définit en tant que documents qui déterminent les droits ou devoirs et les détails de paiement. Voir l'article 463 de l'interprétation de 2015.

[933] Même si les Dispositions d'exécution ont été adoptées avant la révision 2012 de la Loi sur la procédure civile et l'Interprétation de 2015 de la Cour populaire suprême sur l'application de la Loi sur la procédure civile, ces Dispositions restent en vigueur sauf en cas de conflit entre les normes.

[934] Et les dispositions des Disposition d'exécution de 1998 qui sont incompatibles avec l'interprétation de 2015, cette dernière est applicable.

519. Sanctions du refus d'exécution volontaire. Au vu des problèmes de plus en plus graves posés par l'exécution défectueuse des décisions judiciaires en Chine, la révision 1997 de la Loi pénale a créé une nouvelle section d'infractions criminelles intitulée « obstacles aux fonctions judiciaires », incluant les refus d'exécuter les décisions ou ordonnances judiciaires du tribunal[935]. Conformément à l'article 313 de la Loi pénale révisée, cette infraction est passible d'une amende, d'une réclusion criminelle ou de trois ans d'emprisonnement, selon la gravité des circonstances. Selon l'Interprétation de la Cour populaire suprême de 1998[936], les transferts ou ventes illégaux de propriétés saisies ou mises sous scellés par exemple constituent une circonstance sérieuse et peuvent être sanctionnés. De plus, des lois substantielles, telles que les Principes généraux du droit civil de 1986, contiennent des dispositions qui régissent l'exécution des décisions judiciaires.

[935] Section 2 du Chapitre 6 de la Loi pénale révisée.

[936] Interprétation sur certaines questions concernant l'application spécifique de la Loi dans le jugement des litiges de refus d'exécution des décisions et jugements judiciaires, publiée par la Cour populaire suprême le 25 avril 1998. Cette Interprétation a été remplacée en aout 2007 par une Notice sur certains problèmes sur les sanctions sévèrement accordées aux activités criminelles de refus d'exécuter des jugements et décisions judiciaires et de résistance l'ordre d'exécution du tribunal, publiée conjointement par la Cour populaire suprême, le procureur populaire suprême et le Ministère de la sécurité publique.

SECTION 2. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL DANS LE CADRE DES INVESTISSEMENTS ETRANGERS

520. Intérêt de l'étude. Il y a dix ans, il était rare s'insérer une clause prévoyant un arbitrage en Chine au sein d'un contrat conclu entre une société occidentale et une société chinoise. En effet, seuls 25 % des entreprises chinoises proposaient un arbitrage en Chine, et 90 % d'entre d'elles[937] renonçaient rapidement à cette désignation qui était remplacée par une clause prévoyant un arbitrage à l'étranger lors de la signature[938]. Aujourd'hui, l'arbitrage est la voie de résolution des litiges préférée des parties et entités chinoises. En effet, ces dernières insistent de plus en plus sur l'arbitrage en Chine et refusent de s'en écarter surtout dans leurs opérations de coopération économique avec l'étranger. Il est donc primordial que les investisseurs étrangers s'habituent à l'idée de régler leurs différends par un arbitrage en Chine, et abordent l'arbitrage d'une façon sécurisante lorsqu'ils sont amenés à accepter une clause d'arbitrage dans leur contrat avec un partenaire chinois. [939]

521. Définition d'une convention d'arbitrage. Une convention d'arbitrage est « *la convention par laquelle les parties décident de faire trancher par un ou plusieurs arbitres les litiges déjà nés ou à naître entre elles* »[940]. Lorsque la convention d'arbitrage est conclue avant toute survenance de litige, et est insérée dans un contrat conclu entre les parties au litige, il s'agit d'une clause compromissoire. Si la convention d'arbitrage est conclue après la survenance du litige, elle est un compromis d'arbitrage.

522. Présentation de la CIETAC. La CIETAC est une institution bien organisée, agréée par le gouvernement central chinois par décret. Traditionnellement, elle était compétente pour résoudre les différends commerciaux comportant un élément étranger, alors que la Commission d'arbitrage maritime chinoise était spécialisée dans la résolution des différends

[937] Seules les entreprises appartenant à l'Etat ne renonçaient pas à l'arbitrage en Chine car, il était nécessaire qu'elles règlent leurs différends sur en Chine.
[938] Harris (D.), « Arbitration in China. Get Used to It.", *China Law Blog,* disponible sur http://www.chinalawblog.com/2011/09/arbitration_in_china.html, consulté le 4 avril 2017.
[939] Sagot (J.), « Les nouvelles avancées dans le droit économique avec l'étranger », *Gazette du palais,* n°186, 4 juillet 2000, p. 81.
[940] Seraglini (C.) et Ortscheidt (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Domat, Montchrestien, 2013, p. 79.

maritimes. Initialement connue sous le nom de Commission d'arbitrage du commerce étranger, la CIETAC est née en 1954, et s'est transformée en Commission d'arbitrage du commerce et des échanges étrangers en 1980. Ce n'est qu'en 1980 que la commission a enfin adopté le nom de CIETAC. La CIETAC a également des sous-commissions situées à Shenzhen (CIETAC South China Sub-Commission), Shanghai (Shanghai Sub-Commission), Tianjin (Tianjin International Economic Financial Arbitration Center, ou Tianjin Sub-Commission) et Chongqing (Southwest Sub-Commission). La CIETAC a un panel d'arbitres, composé de plus de 700 experts et professionnels nationaux et plus de 200 professionnels juridiques étrangers issus notamment des États-Unis, de différents États européens, l'Australie et du Canada[941]. Depuis 2005, les parties aux différends peuvent nommer des arbitres qui ne sont pas issus du Panel d'arbitre de la CIETAC à condition qu'elles obtiennent l'accord préalable de la CIETAC concernant cette nomination. La Commission offre également aux parties la possibilité de désigner dans la convention d'arbitrage la langue de la procédure d'arbitrage. En 2000, la CIETAC a révisé ses dispositions concernant les différends nationaux, afin d'étendre sa compétence à tous les différends nationaux, alors qu'auparavant la compétence de la CIETAC était exclue pour les litiges opposant des justiciables de nationalité chinoise.

523. Avantages et originalité de l'arbitrage CIETAC. La sécurité de l'arbitrage CIETAC pour les entreprises étrangères tient surtout à son caractère ouvert. Non seulement elle possède un règlement d'arbitrage dont les principes et le fonctionnement sont proches des règles et usages internationaux, mais elle est une institution ouverte au monde extérieur[942]. En effet, elle possède une longue liste d'arbitre, dont le tiers de nationalité étrangère. Ces arbitres sont soumis à une sélection rigoureuse au regard de leur spécialité, de leur compétence et de leur expérience de l'arbitrage commercial international. L'arbitrage CIETAC autorise également les parties à convenir de la langue de l'arbitrage et du lieu d'arbitrage avec l'accord du secrétariat[943]. Il est donc conseillé de préciser dans la clause compromissoire que le président du tribunal sera d'une nationalité différente de celle des arbitres choisis par chacune des parties, et de choisir une langue autre que le chinois. De même, il est important de prévoir que la clause s'appliquerait à tout successeur des deux parties au contrat[944].

[941] Jing (Y.), *Foreign Investment: Law and practice in China*, Law Press China, décembre 2013, p. 216.
[942] Sagot (J.), "Les nouvelles avancées dans le droit économique avec l'étranger », *op. cit.*
[943] *Ibid.*
[944] *Ibid.*

Malgré les avantages que présente l'arbitrage CIETAC, elle demeure tout de même une institution originale. En effet, les parties peuvent être surprises par le pouvoir étendu de la Commission d'arbitrage et de son secrétariat, par la gestion centralisée de la procédure et par l'importance accordée à la réconciliation. Il est donc nécessaire de rester vigilant sur la procédure à suivre et de rappeler le respect des règles auprès de la Commission.

524. Plan. L'arbitrage est le mode de résolution des différends préféré des entreprises à participation étrangère. Cependant, non seulement ce recours n'est limité qu'aux litiges du commerce international (I), mais la compétence de l'arbitrage est également encadrée (II).

I. Un recours limité de l'arbitrage commercial international

525. Un recours limité. Dans les relations économiques avec l'étranger, la loi chinoise sur les entreprises à participation étrangère est libérale sur le choix de l'arbitrage, et, mais contrairement aux recours judiciaires qui sont ouverts à tous les litiges civils, l'arbitrage international est un recours qui est encadré par la loi (A) est qui est limité aux litiges présentant un élément d'extranéité (B).

A. Licéité du recours à l'arbitrage international

526. Un recours encadré par la loi. Les modes de résolutions des conflits des entreprises à participation étrangère sont prévus par le droit chinois des investissements étrangers et par le droit chinois des contrats. En effet, la Loi sur les contrats économiques avec l'étranger reconnaît la validité des clauses compromissoires et les compromis d'arbitrage[945], et selon l'article 15 de la Loi sur les EJV et l'article 25 de la Loi sur les CJV, si le Conseil d'administration n'arrive pas à résoudre un différend survenant entre les associés d'une joint-venture par le biais d'une consultation, ce différend peut être réglé par voie de médiation ou d'arbitrage d'une institution chinoise d'arbitrage ou d'une institution d'arbitrage choisi par les associés de la joint-venture.

[945] Article 7-38 de la Loi sur les contrats économiques avec l'étranger et l'article 54 et 96 de la Loi sur les contrats.

527. Possibilité de recourir à l'arbitrage. Les associés doivent convenir par écrit de recourir à un arbitrage, soit avant, soit au moment la survenance du litige. Lorsqu'une convention d'arbitrage existe, le recours devant les juridictions étatiques civiles est fermé aux parties. Lorsqu'aucune clause compromissoire n'a été insérée dans le contrat de joint-venture, ou lorsqu'aucun compromis d'arbitrage n'a été conclu par les parties après la survenance du litige, toute partie peut engager une action en justice devant le tribunal populaire[946]. Ainsi, tout litige doit être résolu par voie de consultation entre les associés, puis en cas d'échec de la consultation, recourir à la médiation. Si le différend ne peut pas être réglé par la médiation, les parties disposent d'une option : recourir à l'arbitrage ou saisir la juridiction étatique.

528. Localisation de l'arbitrage. L'arbitrage peut être localisé en Chine ou délocalisé, mais seul l'arbitrage institutionnel est reconnu car, le droit chinois ne reconnaît pas l'arbitrage *ad hoc*[947]. En pratique, le choix du siège d'arbitrage repose sur la négociation entre les parties au contrat. Les conseils d'entreprises étrangères témoignent que dans le cadre d'un contrat sino-étranger, l'enjeu principal réside dans la délocalisation de l'arbitrage afin d'avoir un siège de l'arbitrage qui soit neutre[948]. Traditionnellement, les associés d'une joint-venture sino-étrangère choisissaient l'arbitrage par l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm[949], mais récemment le Singapour est devenu le choix le plus utilisé en raison de sa situation géographique, de sa profession juridique développée et de ses nombreuses ressources disponibles en langue chinoise[950]. Si l'arbitrage en dehors de la Chine continentale n'est pas offert aux investisseurs étrangers, ou si les associés optent pour que l'arbitrage soit localisé en Chine, la CIETAC était, jusqu'en 1995, l'unique commission

[946] Article 15 de la Loi sur les EJV, les articles 97 à 99 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV, et article 25 de la loi sur les CJV.

[947] Articles 16(3) et 18 de la Loi sur l'arbitrage. Cependant, les sentences d'arbitrages rendues par la Chambre de commerce international de Hong Kong sont reconnues par les tribunaux chinois, conformément au Règlement sur les difficultés d'exécution des sentences d'arbitrage de Hong Kong en Chine continentale (最高人民法院關於香港仲裁裁決在內地執行的有關問題的通知) de la Cour populaire suprême du 30 décembre 2009.

[948] La Chine est signataire de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958, ce qui signifie qu'une sentence arbitrale rendue par une juridiction d'un Etat signataire de la Convention de New York est reconnue en Chine. Très peu d'Etats ont signé des traités bilatéraux de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, ce qui explique la raison pour laquelle les investisseurs étrangers préfèrent recourir à l'arbitrage. Une autre raison de cette préférence réside dans le caractère privé des arbitrages, alors que les recours devant la juridiction étatique sont publics. Initialement, l'arbitrage était également moins coûteux et plus rapide que les recours nationaux mais, les études récentes ont remis en cause ces deux avantages.

[949] Voir le site de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm : http://www.sccinstitute.com/, consulté le 6 septembre 2017.

[950] Mahoney (T.), *op. cit.*, p. 186.

chinoise d'arbitrage compétente. Depuis, l'adoption de la Loi sur l'arbitrage en 1995, des sous-commissions de la CIETAC ont non seulement vu le jour, mais des conflits sont même survenus ces dernières années entre la CIETAC et les commissions locaux d'arbitrage de Shanghai et de Shenzhen portant sur la reconnaissance des sentences arbitrales rendues par ces deux sous-commissions[951]. Actuellement, il existe à peu près 200 commissions nationales d'arbitrage en Chine, et chacune des commissions dispose ses propres règles de procédure depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur l'arbitrage le 1er septembre 1995.

B. Internationalité du litige soumis à l'arbitrage international

529. Définition de l'internationalité. Le recours à l'arbitrage international n'est ouvert que si le litige contient un élément d'internationalité. Le droit français opte pour une définition économique de la notion d'internationalité, et considère qu'est « international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international »[952]. Cette définition n'est cependant pas adoptée par la communauté internationale. En effet, la Loi style de la CNUDCI, par exemple a opté pour une approche mixte, en adoptant une appréciation du caractère international d'un litige fondé sur des éléments aussi bien objectifs (résidence des parties dans un État autre que le siège de l'arbitrage) que subjectives (lieu d'exécution du contrat). Au lieu d'utiliser la notion d'internationalité, la Loi sur l'arbitrage de la République populaire de Chine a préféré le recours à la notion notion d'extranéité (涉外), c'est-à-dire la présence d'un élément localisé à l'étranger (nationalité, lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, etc.). Le droit chinois utilise donc les termes suivants : 1) l'arbitrage national, 2) l'arbitrage sino-étranger pour les litiges présentant un élément d'extranéité et 3) l'arbitrage étranger si le siège de l'arbitrage est à l'étranger[953]. Pour simplifier les choses, nous allons utiliser le terme d'arbitrage international pour désigner l'arbitrage sino-étranger.

[951] Alors qu'elle constitue l'institution d'arbitrage la plus connue et la plus ancienne de la Chine, la réputation de la CIETAC a été endommagée par le différend hautement médiatisé entre son entité nationale et ses sous-commission de Shanghai et de Shenzhen (les deux sous-commissions se considèrent comme des entités d'arbitrage indépendante de la CIETAC). Voir http://kluwerarbitrationblog.com/2014/05/02/the-aftermath-of-the-cietac-split-two-years-on-lower-courts-take-clashing-views-on-arbitration-agreements-and-awards-but-higher-courts-strive-for-consistency/, consulté le 5 septembre 2017.
[952] Article 1405 du Code de procédure civil.
[953] Willems (J.), *Les contest de joint ventures sino-étrangères devant l'arbitre international*, Larcier, 2015, éd. 1, p. 39.

530. Un système réellement dualiste ? Contrairement à la France, la Chine maintient un système dualiste de l'arbitrage au sein de la Loi sur l'arbitrage au 31 août 1994. En effet, cette loi est composée de deux régimes juridiques distincts : l'un applicable à l'arbitrage international, et l'autre applicable à l'arbitrage national. Cependant, en raison de la pauvreté des dispositions spécifiques à l'arbitrage international[954] et du renvoi de l'article 6 de la Loi sur l'arbitrage aux dispositions du droit commun de l'arbitrage national, certains auteurs remettent en cause l'existence d'un droit chinois de l'arbitrage international[955].

II. Une compétence encadrée de l'arbitrage commercial international

531. Plan. En plus d'être limitée, la compétence de l'arbitrage est également encadrée par la volonté des parties (A). La loi offre champ d'arbitrabilité large aux litiges d'investissement direct étranger (B), même si elle adopte également une approche restrictive quant à la détermination du consentement à l'arbitrage (C).

A. Régime juridique la convention d'arbitrage

1) Principe de l'autonomie de la clause compromissoire

532. Présentation. Le principe de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat dans lequel elle est insérée a été posé pour la première fois par la jurisprudence française dans l'arrêt *Gosset* de 1963[956], puis confirmé par une jurisprudence constante. Ce même principe est également reconnu par le droit chinois sous les termes d'indépendance (獨立性, *Dúlì xìng*) et d'existence indépendante (獨立存在, *Dúlì cúnzài*) de la clause compromissoire à l'égard du contrat qui la contient. Le règlement de la CIETAC affirme également ce principe de l'indépendance de l'existence de la clause compromissoire, et ajoute le principe de la séparabilité (分離, *Fēnlí*) de la clause par rapport au contrat principal.

[954] Voir le Chapitre 7 de la Loi sur l'arbitrage, intitulé "Dispositions spéciales pour l'arbitrage avec l'étranger", qui ne contient que 8 articles.
[955] Willem (J.), *Les contrats de joint ventures sino-étrangères devant l'arbitre internationa*l, Larcier, 2015, éd. 1, p. 40.
[956] Cass. Civ. 1e, 7 mai 1963, *Rev. Arb.*, 1963, p. 60.

a. Autonomie par rapport à la validité du contrat principale

533. Selon le droit commun. La Chine a ratifié la Convention de Vienne du 10 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (ci-après dénommée « CVIM ») le 30 septembre 1981. La CVIM affirme, dans son article 81 (1) le principe d'indépendance des clauses de résolution des différends. La Loi sur les contrats économiques avec l'étranger prévoyait également ce principe à l'article 35, en énonçant la survie de la clause de résolution des différends en cas de résolution (解除, *Jiěchú*) ou de résiliation (終止, *Zhōngzhǐ*) du contrat principal[957]. La loi sur les contrats, qui a remplacé la Loi sur les contrats économiques avec l'étranger, énonce également à son article 57 que « *la nullité* (無效, *Wúxiào*)*, l'annulation* (被撤銷, *Bèi chèxiāo*) *ou la fin du contrat* (終止, *Zhōngzhǐ*) *n'affecte pas la validité des clauses relatives au règlement des différends qui ont une existence automne* »[958].

534. Selon le droit de l'arbitrage. La Loi sur l'arbitrage prévoit également à son article 19 (1) que la convention d'arbitrage n'est pas affectée par la résolution, la résiliation ou la nullité du contrat principal. Face à cet article, la Cour populaire suprême est venue ajouter trois autres cas de survis de la clause d'arbitrage à l'article 10 de l'interprétation par la Cour populaire suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006 : l'inopposabilité (未生效,*Wèi shēngxiào*), la révocation (撤銷,*Chèxiāo*) et l'inexistence (未成立, *Wèi chénglì*).

535. Principe de l'autonomie selon les Règlements des institutions d'arbitrage. Le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage est prévu à l'article 5 (4) du Règlement d'arbitrage de la CIETAC[959]. Le règlement d'arbitrage de la CIETAC a, depuis sa version de 2005, élargi au nombre de dix les cas de survie de la clause d'arbitrage, et ajoute aux cas énoncés par l'interprétation de la Cour populaire suprême de la Loi sur l'arbitrage de 2006

[957] Article 35 de la Convention de Vienne de 10 avril 1980.
[958] H. Zhuang*, Droit chinois des affaires : traduction commentée,* Dalloz*,* 2013, p. 475.
[959] Article 5(4) du règlement CIETAC de 2015, "*An arbitration clause contained in a contract shall be treated as a clause independent and separate from all other clauses of the contract, and an arbitration agreement attached to a contract shall also be treated as independent and separate from all other clauses of the contract. The validity of an arbitration clause or an arbitration agreement shall not be affected by any modification, cancellation, termination, transfer, expiry, invalidity, ineffectiveness, rescission or non-existence of the contract.*", disponible en anglais sur http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=106&l=en, consulté le 12 juin 2017. Existe également en version française, mais la traduction est parfois douteuse, la version française est disponible sur http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2703.

deux cas supplémentaires, qui sont la transmission (轉讓, *Zhuǎnràng*), l'expiration (失效, *Shīxiào*) et la modification (改變,*Gǎibiàn*) du contrat principal[960].

536. Selon la jurisprudence judiciaire. La jurisprudence chinoise ayant appliqué le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage est nombreuse en matière de contrats d'investissement. Ces contrats sont plus susceptibles d'annulation en raison du formalisme de la conclusion des contrats de joint-venture. Ils sont également, en raison de leur durée, soumis à un nombre de modification et de transformations au cours de l'opération[961]. En effet, comme nous l'avons examiné dans le chapitre précédent, la validité des contrats de joint-ventures sino-étrangères, des statuts des entreprises à participation étrangère, et des cessions de parts des entreprises à participation étrangère nécessite l'obtention d'une approbation préalable des autorités administratives chinoises. Se pose donc la question de savoir qu'en est-il de la clause compromissoire d'un contrat dont la validité est contestée par une partie en raison du défaut d'approbation préalable des autorités administratives chinoises.

Dans un jugement de 1990, c'est-à-dire cinq ans avant l'entrée en vigueur de la Loi sur l'arbitrage, le tribunal supérieur de Guandong avait déjà affirmé le principe de l'existence indépendante d'une clause compromissoire par rapport au contrat principal de joint-venture, dans une affaire opposant des associés a une EJV sino-étrangère. Dans cette affaire, un différend est survenu après la conclusion du contrat de joint-venture, mais avant l'obtention de l'approbation administrative, se pose donc la question de savoir si la clause compromissoire produit ses effets malgré le fait que le contrat principal n'ait pas encore obtenu l'approbation administrative nécessaire. Le tribunal intermédiaire de Huizhou s'était jugé compétent car, il a écarté la clause compromissoire en considérant que celle clause contenue dans le contrat d'EJV n'était pas encore valable car, le contrat d'EJV n'a pas encore reçu d'approbation administrative. Le tribunal supérieur de Guandong a infirmé le jugement du tribunal intermédiaire de Huizhou, au motif que malgré la nullité du contrat principal, une clause compromissoire est valable car, contrairement au contrat principal de joint-venture, la validité de la clause compromissoire n'est pas conditionnée par l'obtention de l'autorisation administrative. Ainsi, le tribunal intermédiaire de Huizhou n'est pas compétent

[960] Article 5(4) du règlement CIETAC de 2015, disponible en anglais sur http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=106&l=en, consulté le 12 juin 2017. Existe également en version française, mais la traduction est parfois douteuse, la version française est disponible sur http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2703.

[961] Willems (J.), *op. cit.*, p. 56.

pour connaître le litige[962]. Cette position a été confirmée par un arrêt de la Cour intermédiaire populaire de Huizhou du 23 août 1991 concernant la validité d'une convention d'arbitrage insérée dans un contrat de joint-venture qui n'a pas été approuvée par les autorités compétentes.963

537. Selon la jurisprudence de la CIETAC. La survie d'une clause compromissoire a également été prononcée par un tribunal arbitral CIETAC dans une sentence rendue le 18 janvier 2000 à propos de l'affaire *tripartite joint-venture contact 2000*[964] opposant deux associés chinois d'une joint-venture. Dans cette affaire, un premier contrat de joint-venture a été conclu en 1997 entre deux sociétés chinoises, A et B, et une société de Hong Kong. Puis un second contrat de joint-venture a été conclu ultérieurement uniquement entre la société chinoise A et son associé de Hong Kong. Le premier contrat de joint-venture n'a pas été soumis à la procédure de contrôle et d'approbation, alors que le second contrat de joint-venture a obtenu l'approbation administrative nécessaire. La société chinoise A a intenté une action en responsabilité contre la société chinoise B sur le fondement de la clause compromissoire CIETAC contenu dans le premier contrat de joint-venture non approuvé par les autorités administratives. La société chinoise B a allégué l'invalidité de la clause compromissoire contenue dans le premier contrat de joint-venture pour défaut d'approbation administrative. La société A a avancé l'argument selon lequel le premier contrat de joint-venture reflétait la volonté réelle des parties car, le second contrat de joint-venture n'avait pour but que de permettre à la société A de porter la participation de la société B car, il s'est avéré que la société B n'avait pas la licence d'affaires nécessaire, ce qui était la raison du défaut d'obtention de l'approbation administrative[965]. Dans la sentence, le tribunal arbitral CIETAC prononce la validité de la clause compromissoire contenue dans le premier contrat de joint-venture malgré le défaut d'obtention de l'approbation administrative par ce premier contrat de joint-venture, conformément à l'article 19 de la Loi sur l'arbitrage et à l'article 56 de la Loi sur les contrats[966].

---

[962] 越秀文, "仲裁條款獨立原則", *法學研究*, vol. 19, n°4, p. 76. Disponible sur http://www.faxueyanjiu.com/ch/reader/create_pdf.aspx?file_no=19970405&year_id=1997&quarter_id=4&falg=1, consulté le 10 janvier 2017.

[963] Chinese company c. Hong Kong company, [1991' Hui Zhong Fa Jing Shen N°22 (Huizhou IPC, August 1991), cité par Guo (X.), "The validity and Performance of Arbitration Agreements in China" (1994) 11 *Journal of International Arbitration* 1, 52.

[964] Sentence CIETAC, 18 janvier 2000, *"*Tripartite Joint venture Contact 2000*", in 中國國際經濟貿易仲裁裁決書總編 1995-2002, 投資爭論卷*, 法律出版社, Pékin, 2002, p. 753

[965] Willems (J.), *op. cit.*, p. 58.

[966] Conformément à l'article 19 de la Loi sur l'arbitrage et de l'article 56 de la Loi sur les contrats économiques avec l'étranger.

Or, la base juridique de cette sentence ne confirme pas tout à fait le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage. En effet, l'article 56 de la Loi sur les contrats énonce qu'en « *cas de nullité partielle d'un contrat, les clauses non affectées par la nullité conservent leurs effets* »[967], ce qui ne concerne pas l'autonomie de la clause compromissoire qui est régie par l'article 57 de la Loi sur les contrats. Cependant, cette référence peut être une simple erreur matérielle car, la sentence a cité également l'article 19 de la Loi sur l'arbitrage (le principe d'autonomie de la clause compromissoire). Puis sur le fond, le tribunal a prononcé la nullité sans réserve du premier contrat de joint-venture en application de l'article 58 de la Loi sur les contrats[968].

b. Autonomie par rapport à la lex contractus du contrat principal

538. Présentation. Cette facette du principe d'indépendance de la convention d'arbitrage réside dans la possibilité que cette convention soit régie par un droit différent de la *lex contractus*. La Cour populaire suprême a eu l'occasion de poser ce principe dans un arrêt du 9 mars 2006, *Zhangjiagang Xingang Dianzi Co. Ltd. c. Bose International GmbH*[969]. Dans cette affaire, les parties avaient désigné le droit chinois comme la loi applicable au contrat de joint-venture. Le tribunal supérieur du Jiangsu a prononcé la nullité du contrat de joint-venture qui n'a pas reçu l'approbation administrative nécessaire, et par conséquent la nullité de la convention d'arbitrage contenue dans le contrat. La Cour populaire suprême a, dans une décision du 9 mars 2006, pose le principe de distinction entre la *lex contractus* et la loi applicable à la convention d'arbitrage, et sanctionne la décision du tribunal supérieur de la province de Jiangsu. Ainsi, sauf convention expresse des parties, la *lex contractus* n'est pas la loi de la convention d'arbitrage. L'article 5 (3) du Règlement d'arbitrage CIETAC de 2015, prévoit également le principe de l'autonomie de la *lex arbitrii* par rapport à la *lex contractus*[970].

[967] Zhuang (H.), *Droit chinois des affaires : traduction commentée,* Dalloz, 2013, p. 475.
[968] "*En cas de nullité ou d'anulation du contrat, les biens acquis à l'occasion de ce contrat sont restitués. Lorsque la restitution n'est pas possible ou n'est pas necessaire, elle est remplacée par une indemnisation pécuniaire contenue entre les parties. La partie fautive doit indemniser l'autre partie des dommages qu'elle lui a causés. Lorsque les deux parties sont fautives, chacune des parties doit assumer sa propre responsabilité*", *ibid.*, p. 475.
[969] Cour populaire suprême, 9 mars 2006, *Zhangjiagang Xingang Dianzi Co. Ltd. c. Bose International GmbH,* publié *in* Wang (E.) (dir.), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trial*, People's Court Press, vol. 1, 2006, p. 82. Cité par Willems (J.), *op. cit.,* p. 60.
[970] L'article 5(3) du reglement d'arbitrage CIETAC de 2015 énonce que "Where the law applicable to an arbitration agreement has different provisions as to the form and validity of the arbitration agreement, those

539. Principe de liberté des parties. Le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage désigne également la possibilité pour les parties de choisir une loi applicable à la convention d'arbitrage qui soit différente de la *lex contractus*. En effet, le principe de la liberté de choix de la loi applicable à la convention d'arbitrage est posé par l'article V (1) de la Convention de New York[971], par l'article 16 de l'Interprétation par la Cour populaire suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006[972], et par l'article 18 de la Loi sur le droit international privé de 2010[973].

540. À défaut de choix. Malgré la liberté de choix de loi applicable à la clause d'arbitrage, en pratique, cette volonté est rarement exprimée par les parties. Ainsi, à défaut de choix, l'article V (1) de la Convention de New York prévoit que la validité de la convention d'arbitrage s'apprécie en vertu de la loi du pays où la sentence est rendue. Contrairement à la France qui a écarté la méthode du conflit de lois[974], la Chine applique la méthode conflictuelle.

L'article 16 de l'interprétation par la Cour populaire suprême de la loi sur l'arbitrage de 2006 désigne la *lex loci arbitri* en tant que loi applicable à la clause d'arbitrage et, à défaut de choix d'un siège, la loi du lieu où le tribunal étatique est situé. Le tribunal chinois étant compétent dans cette seconde situation, c'est la loi chinoise qui serait applicable à la clause d'arbitrage.

L'article 18 de la Loi sur le droit international privé prévoit de son côté deux facteurs de rattachement. Il s'agit de la loi du pays où l'organisation d'arbitrage choisie est située, ou la loi du siège d'arbitrage. Se pose donc la question de savoir quel texte appliquer en cas de conflit. Selon la majorité des auteurs, l'article 16 de l'interprétation par la Cour populaire suprême de la Loi sur l'arbitrage de 2006 devrait être écarté au bénéfice de l'article 18 de la Loi sur le droit international privé[975].

---

provisions shall prevail", disponible sur http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=106&l=en, consulté le 8 juin 2017.

[971] La Chine a signé la Convention de New York de 1958 en décembre 1986. Elle est entrée en vigueur en Chine le 22 avril 1987.

[972] Interprétation de la Cour populaire suprême sur quelques questions concernant l'application de la Loi sur l'arbitrage de la République populaire de Chine （最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释）, publiée le 26 décembre 2005, disponible sur http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/iotspccsmoaotalotproc1305/, consulté le 8 juillet 2016.

[973] W. Chen et B. Lyvia, "La nouvelle loi chinoise de droit international privé du 28 octobre 2010 : contexte législatif, principales nouveautés et critiques", *Journal du droit international*, n°2, 2011, p. 375-394.

[974] L'arrêt *Dalico* de la Cour de cassation du 20 décembre 1993 affirme en effet que la validité d'une clause compromissoire s'apprécie indépendamment de tout droit étatique, sous réserve de règles impératives du droit français et de l'ordre public international. Voir *Rev. arb.*, 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon.

[975] Yang (F.), "Applicable laws to arbitration agreements under current arbitration law and practice in Mainland China", *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, pp. 741-754.

La question de la loi applicable à la convention d'arbitrage se pose devant un juge étatique lorsqu'un litige relatif à la validité de la convention d'arbitrage, ou lorsqu'un litige concernant l'exécution d'une sentence survient. Dans ces deux cas, la détermination du siège de l'arbitrage est primordiale pour désigner la loi applicable à la convention d'arbitrage. En effet, dans l'affaire *Zhangjiagang Xingang Dianzi Co. Ltd. c. Bose International GmbH*, la Cour populaire suprême a énoncé qu'en l'absence d'un choix des parties sur la loi applicable à la clause d'arbitrage, la lex contractes, choisir par les parties ou résultant d'une règle impérative, n'avait pas vocation à s'appliquer à la clause compromissoire. La *lex arbitrii* est la loi du pays où la sentence est rendue.

541. Détermination de la loi applicable. En Chine, sont utilisé comme facteurs de rattachement, le siège de l'institution d'arbitrage et le siège de l'arbitrage.

Dans le cas où le siège de l'institution arbitrale et le siège de l'arbitrage coïncident, le juge doit examiner si ce siège est en Chine ou à l'étranger. Si le siège est en Chine, c'est l'article 5 (3) du Règlement de la CIETAC qui s'applique, et le droit chinois serait applicable à la clause d'arbitrage. Si le siège de l'arbitrage et le siège de l'institution arbitrale sont à l'étranger, la position de la Cour populaire suprême sur la loi applicable a été longtemps incertaine[976]. Dans une décision du 20 décembre 1996[977], la Cour populaire suprême a examiné la validité d'une clause d'arbitrage désignant l'arbitrage « I à Hong Kong », mais a appliqué le droit continental chinois à la clause pour prononcer la nullité de la clause. Cependant, dans une autre décision du 21 juin 1999[978] concernant une autre affaire, la Cour populaire suprême a eu à prononcer une nouvelle fois sur la validité d'une autre clause compromissoire ayant désigné l'arbitrage « ICC à Hong Kong » et semble avoir effectué un revirement de jurisprudence. Dans cette seconde affaire, la Cour populaire suprême a appliqué la loi de Hong Kong pour conclure à la validité de la clause d'arbitrage. Cette position de revirement a ensuite été confirmée dans un arrêt du 16 juillet 2002[979] dans laquelle la Cour populaire suprême a de nouveau appliqué le droit de Hong Kong pour examiner la validité d'une clause d'arbitrage ayant désigné l'arbitrage « *ICC à Hong Kong* ».

Si le siège de l'institution arbitrale et le siège de l'arbitrage diffèrent, deux situations doivent être distinguées : soit l'institution arbitrale est à l'étranger et le siège de l'arbitrage est en Chine, soit l'institution arbitrale est en Chine et le siège de l'arbitrage à l'étranger. Dans la

[976] Willems (J.), *op. cit.,* p. 65.
[977] Yang (C.), *op. cit.*, §521.
[978] Yang (C.), *op. cit.*, §521.
[979] Yang (C.), *op. cit.*, §521.

première situation, la Cour populaire suprême a pu faire appliquer la loi chinoise à une clause d'arbitrage qui énonçait « *Arbitration : ICC Rules, Shanghai shall apply* » dans un arrêt décisif du 8 juillet 2004, *Zublin International GmbH c. Wuxi Woco-Tongyong Rubber Engineering Co. Ltd.*[980] Dans la seconde hypothèse, le Règlement de la CIETAC a désormais vocation à s'appliquer à des arbitrages dont le siège est à l'étranger. L'article 5 (3) du Règlement prévoit ainsi le cas où la loi applicable à la clause d'arbitrage n'est pas la loi chinoise et fait prévaloir cette *lex arbitrii.*

2) Conditions de validité d'une clause d'arbitrage

542. Conditions de validité d'une convention d'arbitrage. Un litige peut être soumis à l'arbitrage seulement en cas d'accord mutuel des parties car, une Commission d'arbitrage ne dispose pas de compétence sans une convention d'arbitrage valable qui la désigne. Conformément à l'article 16 de la Loi sur l'arbitrage, la convention d'arbitrage doit être sous forme écrite, et peut prendre la forme d'une clause compromissoire au sein d'un contrat, ou d'un compromis d'arbitrage conclu postérieurement à la naissance du litige. Selon la législation chinoise, pour être valide, une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage doit contenir les éléments suivants : 1) un écrit constatant la volonté des parties de recourir à l'arbitrage, et 2) la désignation d'une commission d'arbitrage spécifique. Si ces deux conditions sont remplies, la convention d'arbitrage est réputée être valable et juridiquement contraignante. Une fois saisie, la Commission d'arbitrage désignée aura le pouvoir d'examiner la validité de la convention d'arbitrage. En effet, sous les règles de la CIETAC, l'examen de la validité de la convention d'arbitrage revient à la Commission d'arbitrage, et non pas au tribunal arbitral.

543. Interprétation stricte des clauses d'arbitrage pathologiques. Les articles 16 et 18 de la Loi sur l'arbitrage énoncent que le défaut de désignation d'une institution d'arbitrage dans une convention d'arbitrage entraîne la nullité de la convention d'arbitrage, sauf si les parties corrigent cette erreur. Certes, les principes de la bonne foi et de l'interprétation effective sont adoptés par les arbitres et les magistrats dans l'examen de la validité de la clause d'arbitrage, ces principes ne sont souvent pas invoqués par les parties devant les juridictions étatiques.

[980] Cour populaire suprême, 8 juillet 2004, *Zublin International GmbH c. Wuxi Woco-Tongyong Rubber Engineering Co. Ltd.*, publié *in* Wang E. (ed), *Guide on Foreign-Related Commercial and Maritime Trial*, People's Court Press, vol. 9, 2004, pp. 36-40.

En effet, même si ces deux principes sont reconnus par la Loi sur les contrats[981][982], les tribunaux chinois ne les appliquent que très rarement, et préfèrent appliquer une interprétation stricte de la clause d'arbitrage. Conformément au principe de l'interprétation stricte, toute ambiguïté dans la clause d'arbitrage mène habituellement à sa nullité, sauf si les parties rectifient conjointement cette ambiguïté. Il s'agit d'une position opposée de celle du standard international selon lequel les tribunaux tentent à tout prix de sauver la clause d'arbitrage pathologies afin de restaurer l'intention réelle des parties.

544. Interdiction implicite de l'arbitrage *ad hoc*. L'arbitrage *ad hoc* est une forme d'arbitrage qui est conduit conformément aux règles procédurales déterminées par les parties ou le tribunal arbitral, ce qui offre un niveau élevé de flexibilité aux parties au sujet de la procédure arbitrale. Cependant, un arbitrage *ad hoc* doit tout de même respecter les règles impératives de la législation du pays siège. La Convention de New York reconnaît l'arbitrage *ad hoc*, et son article I (2) dispose qu'« *on entend par "sentences arbitrales" non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés,*[983] *mais, également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanent*[984] *auxquels les parties se sont soumises* ». La majorité des États reconnaissent l'arbitrage *ad hoc*, et n'exigent pas la désignation d'une institution d'arbitrage dans la convention d'arbitrage.

La loi chinoise n'autorise sur son territoire que l'arbitrage institutionnel. Conformément aux articles 16 et 18 de la Loi sur l'arbitrage, le défaut de désignation d'une institution d'arbitrage rend la convention d'arbitrage invalide. L'article 128 de la Loi sur les contrats met également en doute la possibilité pour la partie chinoise de recourir à un arbitrage *ad hoc*. Il ne s'agit pas d'une interdiction législative à proprement parler de l'arbitrage *ad hoc,* mais, il est communément admis que ces articles sous-entendent une réfutation implicite de la légalité de l'arbitrage *ad hoc* en Chine[985].

Cependant, malgré cette interdiction implicite de l'arbitrage *ad hoc*, il s'avère qu'en pratique l'arbitrage *ad hoc* est en réalité utilisé en Chine, et sa légitimité n'est pas remise en cause tant que les parties au litige exécutent volontairement la sentence arbitrale. Ainsi, la majorité des cas ne sont pas signalés aux autorités judiciaires[986]. Le cas le plus connu de l'arbitrage ad hoc est mené par le Professeur Hu Zhengliang. Dans cette affaire, les parties ont conclut

[981] Article 125 du la Loi sur les contrats
[982] Article 41 de la Loi sur les contrats.
[983] C'est-à-dire l'arbitrage *ad hoc*.
[984] C'est-à-dire l'arbitrage institutionnel.
[985] Tao (J.), *Arbitration Law and Practice in China,* p. 69
[986] Fan (K.), *Arbitration in China*, Hart publishing, 2013, p. 41.

un contrat d'affrètement et ont inséré une clause compromissoire qui dispose que « *tous les litiges découlant le présent contrat sera tranché par arbitrage à Pékin* », sans désigner d'institution arbitrale. Lorsqu'un litige est né, les deux parties au contrat ont convenu que le litige sera soumis à un arbitrage mené par le Professeur Hu. Dans un délai de deux mois à compter de la nomination de l'arbitre Hu, ce dernier a rendu sa décision sur la base des demandes des parties et d'un rapport d'expert portant sur la technologie de navigation. En raison du manque de fondement juridique de l'arbitrage *ad hoc*, le Professeur Hu a délivré sa décision aux parties dans un document intitulé « Une opinion sur la médiation ». Malgré l'usage du terme « médiation » dans l'intitulé du document, l'intention expresse des parties, la procédure adoptée par le Professeur Hu, et la manière dont la décision a été rendue démontrent qu'il s'agissait réellement d'un arbitrage *ad hoc*, et non pas une médiation[987]. La question de la validité de la clause ou de la légitimité de la décision d'arbitrage *ad hoc* ne s'est donc pas posée en raison de l'exécution volontaire de la « sentence » par les parties. Cependant, il faut avoir à l'esprit qu'en cas de refus d'exécution par une partie au litige, la décision rendue par un arbitrage *ad hoc* ne sera pas reconnue par les tribunaux populaires chinois[988].

B. Un champ d'arbitrabilité large des litiges d'investissements directs étrangers

545. Définition. L'accès à la justice n'est pas un droit universel. Pour être valable, une convention d'arbitrage doit avoir un objet licite, c'est-à-dire être susceptible d'être résolus par voie d'arbitrage[989]. En effet, il appartient certainement aux parties au litige de déterminer les éléments qui sont soumis l'arbitrage, mais l'exercice de ce droit est encadré par le droit étatique qui exclut le recours à l'arbitrage dans certains cas. On parle ici de la question relative à l'arbitrabilité du litige. Cette question d'arbitrabilité est ensuite divisée en deux sous-catégories : l'arbitrabilité subjective qui porte en réalité sur la qualité des parties au litige à compromettre, et l'arbitrabilité objectif qui concerne la matière ou le droit litigieux. Le droit chinois accorde aux parties un champ d'arbitrabilité large, qu'il s'agisse de l'arbitrabilité subjective (1) ou de l'arbitrabilité objective (2).

1) Absence d'encadrement de la capacité de compromettre

[987] *Ibid.,* p. 41.
[988] *Ibid.*, p. 42.
[989] Seraglini (C.) et Ortscheidt (J.), *op. cit.*, p. 529.

546. Absence d'interdiction législative ou réglementaire. La question portant sur la capacité de compromettre concerne principalement les États et les personnes morales de droit public[990]. Aucune disposition du droit chinois n'interdit l'État chinois ou les personnes morales chinoises de droit public à compromettre[991]. Cette absence d'interdiction s'explique non seulement par l'absence de différenciation entre les personnes morales de droit privé et les personnes morales de droit public, mais également par la structure de l'économie chinoise[992]. En effet, jusqu'à récemment, les entreprises d'État étaient considérées comme des acteurs économiques communs qui pouvaient être des associés des entreprises à participation étrangère au même titre qu'une société privée chinoise.

547. Contrats d'États. Depuis l'adoption de la politique de réforme et d'ouverture, la Chine reconnaît la capacité pour les personnes morales de droit public (collectivités territoriales et entreprises de droit public) de conclure des contrats économiques et de compromettre en matière économique, sans qu'aucune objection sur la validité de la clause d'arbitrage soit soulevée devant le juge étatique. En effet, les auteurs citent plusieurs affaires CIETAC dans lesquelles les autorités locales chinoises étaient parties à l'arbitrage, sans que cette qualité ait été remise en cause par motif d'inarbitrabilité. C'est notamment le cas de l'affaire *Baosheng c. Bureau de l'environnement, ville de Hefei*, dans laquelle la Cour populaire suprême a confirmé et ordonné l'exequatur d'une sentence CIETAC rendue le 2 juin 2003 à l'encontre de la Ville de Hefei, en application d'une clause d'arbitrage CIETAC inclue dans le contrat de vente d'équipement et de transfert de technologies, signé par la ville de Hefei, sans que l'inarbitrabilité subjective du litige ait été soulevée[993].

Dans une autre affaire, *Dongxu (Hong Kong) c. Hengtong, ville de Yuling*[994], la société hongkongaise Dongxun avait constitué une joint-venture avec la société chinoise Hengtong, afin de participer au marché de construction de routes. Dongxun bénéficiait d'une garantie de la part de la ville de Yuling. Un litige est survenu entre la société hongkongaise et la ville de Yuling, et Dongxun a mis en jeu la clause compromissoire CIETAC contenue dans le contrat de joint-venture. Le tribunal arbitral CIETAC s'est estimé compétent, malgré

[990] Fouchard (P.), Gaillard (E.) et Goldman (B.), *op. cit.*, n°534.
[991] Cheng (X.), "Arbirage international et contrats publics en Chine", dans M. Audit (dir.), *Contrats public et arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 195.
[992] Willems (J.), *op. cit.*, p. 85.
[993] Willems (J.), *op. cit.*, p. 85; C. Von Wunschheim, *op. cit.*, § 9.6 ; C. Yang, *op. cit.*, §446; X. Chen, *op. cit.*, p. 197.
[994] Von Wunschheim (C.), *op. cit.*, § 9.6.

l'absence de clause compromissoire dans le contrat de garantie conclu entre Dongxu et la ville de Yuling, et a rendu une sentence arbitrale le 23 juin 2005, sans qu'une objection tirée de l'inarbitrabilité subjective portant sur l'incapacité de la cille de Yulin à compromettre ait été soulevée. Par une décision du 13 septembre 2006, la Cour populaire suprême a confirmé cette sentence arbitrale à l'encontre de Hengtong en considérant que la clause compromissoire du contrat de joint-venture était inopposable à la garante (la ville de Yuling), sans mentionner l'éventuelle l'inarbitrabilité subjective du litige[995].

548. Égalité entre les parties. Il semblerait que le critère d'arbitrabilité subjective repose sur l'égalité de position entre les parties à la convention d'arbitrage[996]. En effet, conformément à l'article 3 de la Loi sur les contrats qui dispose que « *les parties contractantes doivent avoir le même statut juridique, et aucune d'entre elles ne peut imposer sa volonté à son cocontractant* »[997], l'article 2 de la Loi sur l'arbitrage énonce que « le recours à l'arbitrage est autorisé pour les différends […] survenus entre les sujets égaux, tels que les citoyens, personnes morales et autres entités ». L'égalité des parties est donc un principe fondamental du droit chinois qui constitue une condition de validité non seulement des conventions de droit commun, mais également des conventions d'arbitrage. Ce critère a été cité par un tribunal arbitral CIETAC pour déclarer l'inopposabilité d'une convention d'arbitrage à un gouvernement local dans la sentence *Paper Mill 2000* du 10 août 2000. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a déclaré qu'un contrat d'EJV comportant une clause compromissoire CIETAC, conclue entre un investisseur canadien et une société de droit public chinois, était inopposable au gouvernement local non signataire du contrat d'EJV. Selon le tribunal, selon le principe d'égalité des parties, un gouvernement local ne pouvait pas conclure de contrat d'EJV car, il ne pouvait pas avoir la qualité d'un associé local de l'article 1 de la Loi sur les EJV.

2) Un champ d'arbitrabilité objective large

549. Définition de l'arbitrabilité objective. L'arbitrabilité objective désigne l'aptitude d'une cause à être soumise à l'arbitrage, et conduit à distinguer des matières arbitrables et

[995] Willems (J.), *op. cit.*, p. 87.
[996] Yang (C.), *op. cit.*, §427; Willems (J.), *op. cit.*, p. 87
[997] Disponible sur http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383564.htm, consulté le 29 septembre 2016.

non arbitrables[998]. Les contours de l'arbitrabilité objective varient considérablement d'une législation à une autre car, les États sont divisés tant sur las critères de définition du champ arbitrable, que sur le sens donné à un même critère[999].

Le droit français limite les matières arbitrables aux seules droites dont les personnes ont la libre disposition[1000]. Ainsi, il est communément admis que les droits extrapatrimoniaux sont considérés comme inarbitrables en France[1001]. Le droit chinois considère également que sont hors du domaine arbitrable, les litiges touchant la matière extrapatrimoniale, c'est à dire, le mariage, l'adoption, la tutelle, la reconnaissance et la succession[1002]. Mais la question se complique pour les litiges touchant la matière administrative, et surtout pour les matières dont l'inarbitrabilité n'est pas prévue explicitement par la législation chinoise.

550. Matière administrative. Article 3 (2) de la Loi sur l'arbitrage dispose que « *les litiges administratifs doivent être résolus par les organes administratifs conformément aux dispositions juridiques du pays* »[1003]. Quid des contrats administratifs conclus dans le cadre d'un projet d'investissement direct étranger ? La législation chinoise n'a pas encore réglé cette question[1004] car, elle ne prévoit pas un régime juridique relatif aux contrats administratifs. Dès lors, les contrats administratifs sont soumis au droit commun du contrat, à l'exception des contrats de concession (contrats de marchés publics relatifs aux industries de l'eau, du gaz, du chauffage, des transports publics, de traitement des eaux usées et de traitements des déchets) qui sont régis par les Mesures administratives sur la concession de services publics municipaux[1005]. Par conséquent, les litiges nés des contrats administratifs internationaux sont arbitrables.

551. Matières inarbitrables non prévues par la loi. Contrairement au droit français de l'arbitrage qui détermine expressément les domaines inarbitrables[1006], un nombre de matières inarbitrables n'est pas prévu expressément par la législation chinoise. Contrairement au droit français qui refuse de reconnaître la validité d'une clause

[998] Seraglini (C.) et Ortscheidt (J.), *op. cit.*, p. 531.
[999] *Ibid.*
[1000] Article 2059 du Code civil français ; Seraglini (C.) et Ortscheidt (J.), *op. cit.*, pp. 541-548.
[1001] Seraglini (C.) et Ortscheidt (J.), *op. cit.*, pp. 550-551.
[1002] Article 3(1) de la Loi sur l'arbitrage.
[1003] Disponible sur http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383756.htm, consulté le 29 septembre 2016.
[1004] Willems (J.), *op.* cit., p. 89; C. Yang, *op. cit.*, §444; X. Chen, *op. cit.*, p. 199.
[1005] Mesures administrative sur la concession de services publics municipaux (市政公用事業特許經營管理辦法), adoptées par le Ministère national de la Construction le 19 mars 2004, en vigueur depuis le 1e mai 2004. Ce texte n'exclut pas non plus le recours à l'arbitrage international. Accessible sur http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=3491&CGid=, consulté le 29 septembre 2016.
[1006] Les articles 2060 (état et la capacité des personnes) et 2059 (ordre public) du Code civil français.

compromissoire incluse dans un contrat de travail international,[1007] le droit chinois autorise que les litiges concernant le droit du travail soient résolus par des commissions arbitrales spécialisées[1008].

552. *Quid* des investissements directs étrangers ? Le droit des entreprises à participation étrangère autorise le recours à l'arbitrage pour les litiges en lien avec les contrats d'EJV et de CJV, mais également pour les litiges entre associés ou relatifs au fonctionnement de la société. Ce qui n'est pas le cas pour de nombreux systèmes juridiques, qui n'autorisent le recours à l'arbitrage lorsque s'il s'agit d'associés de différentes nationalités[1009]. Cette définition large de l'arbitrabilité des conflits relatifs aux joint-ventures du droit chinois doit cependant être nuancée. Par exemple, la liquidation d'une joint-venture ne peut pas être soumise à une procédure arbitrale. En effet, une des difficultés majeures des joint-ventures sino-étrangères réside dans sa procédure de dissolution et de liquidation postérieurement à la résiliation du contrat de joint-venture ordonnée par un tribunal arbitral. La réglementation chinoise liait initialement la résolution du contrat de joint-venture à la dissolution de la joint-venture[1010] afin de répondre à une préoccupation pratique : les parties au litige ne sollicitaient pas toujours au tribunal arbitral d'ordonner la dissolution de la joint-venture en plus de la résiliation du contrat. Ainsi, les opérations de liquidation restaient suspendues au bon vouloir des parties. Dès le prononcé de la dissolution de la joint-venture, le droit chinois soumettait la procédure de liquidation à l'autorisation d'un collège de liquidation qui était composé des administrateurs de la joint-venture qui représente l'entreprise durant toute la procédure de liquidation[1011].

[1007] Soc., 12 février 1985, *RCDIP* 1986, p. 469. Note M.-L. Niboyet-Hoegy.

[1008] Article 77 de la Loi sur l'arbitrage.

[1009] Fouchard (P.), Gaillard (E.) et Goldman (B.), *op. cit.*, n°567; Cohen (D.), *Arbitrage et société, Paris*, LGDJ, 1993.

[1010] Le Règlement sur les procédures de liquidation des entreprises à participation étrangère (外商投資企業清算辦法) adoptée par le Conseil des affaires de l'Etat le 15 juin 1996, remplacé par les Lignes directrices pour mener à bien de façon satisfaisante la dissolution et la liquidation des entreprises à participation étrangère (商務部辦公廳關於依法做好外商投資企業解散和清算工作的指導意見), promulguées par le bureau général du ministère du Commerce le 5 mai 2008. Disponible sur http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=6829&CGid=, consulté le 7 mars 2016.

[1011] Pour la résiliation d'un contrat de CJV et le prononcé de la procédure de liquidation, une sentence intitulé *Real estate JV Case 1999*, rendue à Shenzhen a énoncé le principe suivant. "*Selon le droit chinois, la liquidation de la CJV commence lors de la résiliation du contrat de CJV. Durant cette procédure de liquidation, la défenderesse versera la totalité de l'apport en capital social, dont le montant s'élevait de 48 millions renminbi, afin de répondre aux dettes de la joint-venture. Si ce montant ne fusil pas à répondre aux dettes de la joint-venture, la licence d'usage immobilier apporté par le demandeur sera également inclus dans le cadre de la liquidation afin de partager les dettes. Postérieurement à la clôture de la liquidation, si les actifs et la licence d'usage immobilier suffisent à apurer les dettes, le boni de liquidation appartiendra à la défenderesse. Si les actifs à l'exclusion du de la licence d'auge suffisent à apurer les dettes, le boni de liquidation reviendra*

Les sentences arbitrales qui prononcent la résiliation du contrat de joint-venture prononcent majoritairement la dissolution de l'entreprise en renvoyant les parties à se conformer à la procédure de dissolution conformément aux dispositions législatives ou réglementaires du pays. Certaines sentences donnent les lignes directrices à suivre pour le calcul des opérations de liquidation et de partage entre les associés de la joint-venture. Lorsque la procédure de liquidation a été contractualisée par les associés d'une joint-venture, le tribunal arbitral peut valider l'accord passé. Comme dans l'affaire *Fashion Retail JV 1998*[1012], dans laquelle les associés d'une EJV avaient conclu un accord de retrait, et l'associé qui s'était retiré de l'EJV a demandé au tribunal arbitral de prononcer la dissolution et la liquidation de l'EJV. Le tribunal a en effet prononcé la résiliation du contrat d'EJV et a ordonné la mise en œuvre de la procédure de dissolution prévue par l'accord[1013].

C. Définition restrictive du consentement à l'arbitrage

553. Expression du consentement. L'étendue de la compétence des arbitres est également déterminée par l'étendue du consentement des parties à recourir à l'arbitrage. Le droit chinois des contrats d'investissements directs étrangers prévoit un nombre de conditions de forme *ad validatem*, qui avec les conditions de formes de validité des clauses compromissoires forme un cadre juridique peu favorable à une interprétation souple de l'étendue du consentement dans les conventions d'arbitrage[1014].

à la demanderesse et la licence d'usage sera restituée au demandeur", in 中国国际经济贸易仲裁委员会, *中国国际经济贸易仲裁裁决书选编, 1995-2002: 投资争议卷*, 法律出版社, 2002, p. 353.

[1012] Willems (J.), *op. cit.,* pp. 93-94. *Fashion Retail 1998*, sentence CIETAC du 20 février 1998, rendue à Shenzhen qui énonce que "*le tribunal estime que les parties ne se sont pas convenu sur le point de savoir si un tiers ou le défenseur devait acquérir les partis du demandeur, mais elles se sont convenu du retrait du demandeur de l'EJV. Ce retrait du demandeur induit la résiliation du contrat d'EJV. En conséquence, le tribunal n'accepte pas l'argument susmentionné du défenseur et considère que le demande s'est retirée de l'EJV depuis qu'il a signé la Convention, et que les parties ne disposaient plus de fondement pour leur coopération. Ainsi, l'EJV ne pouvait plus attendre ses objectifs commerciaux. Le tribunal donne donc droit à la demande de dissolution et de liquidation de l'EJV formulée par le demandeur ; constate que le demandeur a rempli ses obligations contractuelles découlant de la Convention. Les parties se sont convenu que les créances et dettes de l'EJV seraient transmises a défendeur, lequel a été en charge des opérations commerciaux au nom de l'EJV depuis plus d'une année. En conséquence, la liquidation de l'EJV procédera comme suit : dès que les parties auront exécutées toutes leurs obligations contractuelles découlant de la convention, le défendeur bénéficiera des créances et supportera les dettes de l'EJV. Le boni de liquidation reviendra également au défendeur*", *in* 中国国际经济贸易仲裁委员会, "中国国际经济贸易仲裁裁决书选编, 1995-2002: 投资争议卷", 法律出版社, 2002, p. 104.

[1013] Articles 91 et 92 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV.

[1014] Willems (J.), *op. cit.,* p. 94

La Loi sur l'arbitrage ne définit pas le terme de « convention d'arbitrage », et se contente d'énoncer les conditions relatives à sa validité. Seul le Règlement d'arbitrage CIETAC prévoit un article 5 (2) qui dispose qu'une « *Une convention d'arbitrage signifie une clause d'arbitrage [insérée] dans un contrat ou toutes les autres formes de convention écrite conclue entre les parties qui prévoient le règlement des litiges par l'arbitrage* »[1015], sans pour autant prévoir le champ ni l'étendu des « litiges ».

En pratique, le consentement à l'arbitrage est réputé limiter aux litiges de nature contractuelle, issus du contrat dans lequel est insérée la clause d'arbitrage, entre les seules parties signataires.

1) *Champ d'application* ratione personae *limité du consentement à l'arbitrage*

554. Les litiges principaux. La majorité des litiges relatifs aux joint-ventures sino-étrangères, dans lesquels les parties qui ont conclu le contrat de joint-venture sont différentes de l'entité (la société de joint-venture) qui exécutent les obligations de ce contrat, concernent l'opposabilité de la convention d'arbitrage à l'entité non-signataire de la clause d'arbitrage, mais concernée par le contrat de joint-venture[1016].

Selon le droit de l'arbitrage chinois, une clause d'arbitrage n'est opposable qu'entre les parties qui y ont souscrit. Cependant, dans certains cas, une convention d'arbitrage peut être opposable à un tiers au contrat. Cette opposabilité de la clause compromissoire à une entité non-signataire repose principalement sur des éléments du droit civil, comme le mandat de représentation, le consentement tiré de la négociation et de l'exécution du contrat principal, le consentement par référence à la clause compromissoire et la transmission de la convention d'arbitrage, ou sur des éléments spécifiques au droit des sociétés.

555. Contrat par représentation. La difficulté principale réside des la complexité du régime du contrat par représentation en droit chinois et de la condition selon laquelle une convention d'arbitrage doit être écrite pour être valable. En effet, comment faire opposer la convention d'arbitrage signé par le mandant à son mandataire avec qui il n'a pas conclu de contrat de mandat écrit ? Il existe quatre types de mandats : 1) la représentation parfaite (代

[1015] Article 5(2) du Règlement d'arbitrage CIETAC, disponible en français sur http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2717&l=en, consulté le 8 juin 2017.

[1016] Ma (A), Maio (B.) et Hui (H.), "People's Republic of China", *in* Moser (M.) et Choong (J.) (dir.), *Asia Arbitration Handbook,* Oxford University Press, 2011, pp. 113-187.

理, *Agency*) du droit commun de l'article 63 des Principes généraux du droit civil, en vertu duquel le contrat principal réputé lier le représenté et le tiers contractant [1017]; 2) le contrat de mandat (委托合同, *Commission contract*) de l'article 402 de la Loi sur les contrats, aux termes duquel le mandataire conclut le contrat principal avec le tiers en son propre nom, mais pour le compte d'un mandant dont l'identité peut ne pas être révélée [1018]; 3) le prêt-nom (委托合同, *undisclosed commission contract*) de l'article 403 de la Loi sur les contrats, selon lequel l'existence même la qualité d'intermédiaire n'est pas révélée au tiers contractant[1019], et 4) le contrat de courtage (行纪合同, *Contract for brokerage*) de l'article 421 de la Loi sur les contrats, selon lequel seul le représentant est lié par le contrat signé avec un tiers contractant[1020]. Dans les deux premiers cas de contrat de représentation, la clause compromissoire du contrat principal qui lie la personne représentée et le tiers contractant n'est pas opposable au représentant signataire du contrat[1021]. Concernant le prêt-nom, le représenté non-signataire du contrat principal peut mettre en œuvre la clause d'arbitrage à l'encontre du tiers contractant en cas de faute de ce dernier[1022]. En cas de faute du représenté, le représentant doit révéler l'identité de son représenté au tiers contractant, et ce dernier peut mettre en couvre la clause compromissoire à l'encontre du représentant ou du représenté[1023]. Pour le contrat de courtage, la convention d'arbitrage est opposable au courtier seul[1024].

Cette question de contrat de représentation survient lorsqu'une associée-personne morale d'une joint-venture sino-étrangère a perdu ses attributs de personne morale ou a été radiée

[1017] Article 63 des Principes généraux de droit civil de la République populaire de Chine : "*Citizens and legal persons may perform civil juristic acts through agents. An agent shall perform civil juristic acts in the principal's name within the scope of the power of agency. The principal shall bear civil liability for the agent's acts of agency. Civil juristic acts that should be performed by the principal himself, pursuant to legal provisions or the agreement between the two parties, shall not be entrusted to an agent*." Disponible sur http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182628 consulté le 8 octobre 2017.

[1018] Article 402 de la Loi sur les contrats : "*Le contrat conclu par le mandataire en son nom avec un tiers dans les limites du mandat engage directement le mandant et le tiers, si ce dernier avait connaissance des relations existant entre le mandat et le mandataire au moment de la conclusion du contrat, à moins qu'il existe des preuves manifestes établissant que le contrat ne lie que le mandataire et le tiers*".

[1019] Article 402 de la Loi sur les contrats : "*Lorsque le mandataire a conclu un contrat en son nom avec un tiers qui ignorait les relations existant entre le mandant et le mandataire, et qu'il a manqué à ses obligations envers le mandat du fait de ce tiers, il doit révéler au mandat l'identité d tiers afin que la mandant puisse faire valoir les droits du mandataire à l'encontre de ce tiers, sauf dans le cas où ce dernier n'aurait pas contacté avec le mandataire s'i avait eu connaissance de l'identité du mandant.*

[1020] Article 421 de la Loi sur les contrats, "*Le commissionnaire jouit des droits et assume les obligations qui découlent du contrat conclu avec un tiers. En cas d'inexécution des obligations par le tiers ayant causé un préjudice au commettant, le commissionnaire doit en assumer la responsabilité par le versement de dommages et intérêts, sauf accord contraire conclu entre le commissionnaire et le commettant.*

[1021] Tao (J.), *Arbitration Law and Practice in China*, Kluwer Law International, 2012, p. 60-63.

[1022] *Ibid.*

[1023] *Ibid.*

[1024] *Ibid.*

du registre de l'Administration étatique de l'industrie et du commerce. En 2003, la Cour populaire suprême a adopté une vision restrictive dans l'appréciation de la reprise par un tiers des droits et obligations d'une société, en limitant les titulaires du pouvoir de représentation d'une personne morale radiée à son seul comité de liquidation. Dans l'affaire *Longqiao Village Commitee c. Gao Fu Zhong* de 2003[1025], un contrat de joint-venture a été signé entre un investisseur taïwanais, M. Gao, et l'hôtel chinois Longqiao. Postérieurement à la conclusion du contrat de joint-venture, la licence d'affaires et le sceau de l'hôtel Longqiao lui avaient été retirés. M. Gao a alors conclu avec le comité villageois de Longqiao un avenant au contrat de joint-venture, qui stipulait que l'avenant aurait une force équivalente à celle du contrat de joint-venture initial. Un différend est survenu entre les parties à l'avenant, le comité villageois de Longqiao a mis en œuvre la clause compromissoire du contrat initial de joint-venture[1026]. La CIETAC a déclaré la clause compromissoire du contrat initial opposable au comité villageois car, en signant l'avenant, le comité villageois avait assumé tous les droits et obligations de l'hôtel Longqiao lorsque la licence d'affaires de l'hôtel a été retirée. Cette sentence a été supprimée par la Cour populaire suprême, au motif que le comité villageois n'était pas parti à l'arbitrage car, la « *personnalité morale économique* » de l'hôtel Longqiao avait survécu à la radiation de sa licence d'affaires, et que la procédure d'arbitrage ne pouvait être introduire que par l'hôtel Longqiao ou par son comité de liquidation[1027]. Ainsi, en raison de la survie de la personnalité morale d'une société en faillite pour les besoins de sa liquidation, les créances et dettes, voire les droits et obligations contenus dans les contrats signés antérieurement par la société en faillite ne peuvent pas être reprises par un tiers. La clause d'arbitrage ne peut donc pas être opposable au tiers repreneur du contrat.

556. Négociation et exécution du contrat. L'exigence du caractère écrit du consentement à une convention d'arbitrage rencontre une exception tirée de l'existence d'un consentement d'un non-signataire fondé sur sa participation à la négociation, à la conclusion ou à l'exécutif du contrat qui contient la clause compromissoire, dès lors que sa situation fait présumer qu'il a eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause. La jurisprudence de la CCI a eu

[1025] Cour populaire suprême, 8 mai 2003, *Long-Qiao Village Committee v. Gao Fuizhong.* Voir Chi (J.), "The Judicial Determination of the Validity of Arbitration Agreements in the People's Republic of China", 3 *Contemp. Asia Arb. J.* 99 (2010), p. 107.
[1026] *Ibid.*
[1027] *Ibid.*

recours à la théorie des groupes de sociétés[1028] pour opposer la clause d'arbitrage à d'autres sociétés du même groupe qui ont participé à l'opération économique pour laquelle la clause a été stipulée[1029]. La jurisprudence française semble aller plus loin, et s'est souvent reposée sur l'intention implicite des parties pour justifier l'extension d'une convention d'arbitrage sur le principe de « *validité et d'efficacité propre* » de la convention d'arbitrage, en mettant en avant l'existence d'un groupe économique formant « *un semble de sociétés […] liées dans une unité économique soumise à un pouvoir unique* »[1030]. Les affaires dans lesquelles le tribunal chinois fait intervenir la notion de groupe de sociétés pour étendre l'opposabilité d'une convention d'arbitrage à un tiers au contrat principal restent rares[1031].

557. L'opposabilité de la clause compromissoire à l'État. En matière d'arbitrage commercial international, le droit fait reposer le consentement de l'État sur la preuve d'une acceptation claire et non équivoque de ce dernier, fondé sur le fait qu'il a participé à la négociation, à la conclusion ou à l'exécution du contrat principal[1032]. L'affaire *Paper Mill JV 2000*[1033] a pu donner une illustration de ce mécanisme selon le droit chinois. Dans cette affaire, une entreprise d'État a introduit une demande d'arbitrage contre son associé canadien pour inexécution de ses obligations contractuelles issues du contrat de joint-venture conclu entre les parties. La société canadienne prétendait que son associé de la joint-venture n'était pas l'entreprise d'État, mais la collectivité locale car, cette dernière a non seulement donné son consentement à l'arbitrage en participant à la négociation, à la conclusion et à l'exécution du contrat de joint-venture, mais a également exercé un contrôle constant sur l'entreprise d'État, privant cette dernière de toute indépendance économique et juridique[1034]. Tout en estimant que le gouvernement local avait exécuté certaines des obligations contractuelles de l'associé chinois, le tribunal arbitral s'est tout de même refusé de déclarer l'opposabilité de la convention d'arbitrage à la collectivité locale aux motifs suivants : 1) « *en vertu des dispositions juridiques chinoises, les joint-ventures sino-étrangères ne peuvent être créées qu'entre les sociétés, entreprises et autres organisations économiques ou particulières*

[1028] Sur la question, v. Cohen (D.), *Arbitrage et société,* LGDJ, 1993, n°521 et s. ; Seraglini (C.) et Ortscheidt (J.), *op. cit.*, n°712.
[1029] Sentence CCI, n°4131, *Dow Chemical*, 23 septembre 1982, *JDI*, 1983, p. 899.
[1030] Paris, 11 janvier 1990, *Orri, Rev. arb.*, 1992, p. 95.
[1031] Willems (J.), *op. cit.*, p. 101.
[1032] Sentence CCI n°3493, 16 février 1983, *SPP c. EGOTH, République d'Egypte*, *Rev. arb.,* 1986, p. 105.
[1033] Sentence CIETAC, 10 août 2000, Pékin, *Paper Mill JV 2000*, *in* 中国国际经济贸易仲裁委员会, "中国国际经济贸易仲裁裁决书选编, 1995-2002: 投资争议卷", 法律出版社, 2002, p. 721 ; Willems (J.), *op. cit.*, p. 102.
[1034] *Ibid.*

étrangers, d'une part, les sociétés, entreprises et autres organisations économiques chinoises, d'autres parts[1035] *[…]. Les organes administratifs de l'État ne sont pas autorisés à devenir les partenaires d'une EJV* » [1036]; 2) le gouvernement local n'était pas signataire du contrat de joint-venture[1037]. Ainsi, le tribunal arbitral a affirmé que la négociation et l'exécution d'obligations contractuelle par un non-signataire ne permettent pas de faire du non-signataire une partie au contrat de joint-venture. Le droit chinois ne semble donc pas reconnaître l'opposabilité de la clause compromissoire au tiers non-signataire du contrat principal, mais qui a participé à la négociation, à la conclusion ou à l'exécution du contrat contenant la clause compromissoire ?

558. Souscription à l'arbitrage par référence à la clause d'arbitrage. Une clause compromissoire est opposable à une personne tierce au contrat si cette personne tierce conclut un second contrat qui fait référence à la clause compromissoire du contrat initial. Le droit chinois reconnaît ce mécanisme, mais retient un critère plus étroit que le droit français. En effet, le droit chinois exige que le contrat fasse référence à la clause compromissoire contenue dans un document externe[1038], alors que selon le droit français, il suffit que le contrat fasse référence à un document externe dans son ensemble[1039].

Les tribunaux populaires et arbitraux ont rarement eu l'occasion de se prononcer sur la notion d'incorporation par référence, à l'exception de l'affaire *Wuxi Chemical JV 1997*[1040], dans laquelle la CIETAC a utilisé la notion d'incorporation par référence pour étendre au garant, non-signataire du contrat de joint-venture, les effets de l'ensemble des obligations contenues dans le contrat de joint-venture.

559. Circulation de la convention d'arbitrage. La question de la circulation de la convention d'arbitrage est différente de celle de son extension à des personnes qui n'y ont pas souscrit car, il s'agit de s'interroger sur la possibilité d'un transfert de la convention

[1035] Article 1 de la Loi sur les EJV.

[1036] Sentence CIETAC, 10 août 2000, Pékin, *Paper Mill JV 2000*, *in* 中国国际经济贸易仲裁委员会, "中国国际经济贸易仲裁裁决书选编, 1995-2002: 投资争议卷", 法律出版社, 2002, p. 721 ; Willems (J.), *op. cit.*, p. 102.

[1037] *Ibid.*

[1038] Article 11 de l'interprétation de la Cour populaire suprême sur l'application de la Loi sur l'arbitrage, disponible sur http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=5496&CGid=, consulté le 9 janvier 2016.

[1039] Article 1143 CPC ; Cass. Civ. 1e, 9 novembre 1993, *Bomar Oil*, *Rev. arb.*, 1994, p. 108; Cass. Civ., 1e, 3 juin 1997, *Prodexport, Rev. Arb.,* 1998, p. 432.

[1040] Sentence CIETAC, 15 décembre 1997, *Wuxi Chemical JV 1997*, *in* 中國國際經濟貿易仲裁裁決書總編 *1995-2002,* 投資爭論卷, 法律出版社, Pékin, 2002, p. 753

d'arbitrage à un tiers[1041]. La transmission de la clause compromissoire suppose qu'une personne qui n'a pas initialement conclu le contrat contenant la clause compromissoire se voit opposer cette clause compromissoire. Se pose la question de savoir dans quelles conditions une convention d'arbitrage peu être transférée à un tiers au contrat ? L'interprétation de la Cour populaire suprême de la Loi sur l'arbitrage de 2006 prévoit le transfert de la convention d'arbitrage en accessoire au transfert des obligations ou d'une créance, et dispose que la convention d'arbitrage est opposable aux successeurs d'une partie[1042], ou aux cessionnaires de toute créance et dette transférée en tout ou en partie[1043]. Cette hypothèse concerne particulièrement les cessions de parts sociales. Dans une affaire du 27 mai 2003[1044], la Cour populaire suprême a apporté des précisions sur les conditions d'opposabilité de la clause d'arbitrage au contrat de joint-venture au cessionnaire des parts sociales. Dans cette affaire, un ressortissant taïwanais (M. Bao) a conclu un contrat de joint-venture avec les sociétés chinoises Chongqing Shangqiao Industrie (Shangqiao) et Chongqing Shaping Dam District Materials (Shaping), qui comportait une clause compromissoire CIETAC. M. Bao a ensuite cédé ces parts au groupe Chongqing Chengguang Industries & Development (Changguan), alors que Shaping cédait ses parts à Shangqiao, et cette dernière les a cédés à Changguan. Un litige est survenu entre M. Bao et les trois autres sociétés. M. Bao a mis en œuvre la clause compromissoire. Chengguan a contesté la compétence de la CIETAC au motif qu'elle n'était pas partie au contrat de joint ventre et n'avait pas eu connaissance de la clause compromissoire. Le tribunal CIETAC s'est tout de même déclaré compétent à l'égard des trois sociétés chinoises, au motif que Chengguan avait accepté d'entrer dans le capital de la joint-venture, devenant ainsi partie au contrat de joint-venture. Par la suite, M. Bao a demandé l'exécution de cette sentence arbitrale CIETAC, et dans sa décision du 27 mai 2003, la Cour populaire suprême a infirmé la sentence arbitrale quant à l'opposabilité de la clause compromissoire, et a déclaré que la clause d'arbitrage n'était opposable qu'aux MM. Bao, Shangqiao et Shaping, au motif que cette dernière n'était pas partie du contrat de joint-venture, mais cessionnaire des parts sociales. Ce refus de reconnaître entièrement la transmission de la clause compromissoire dans une chaîne de cession de parts conduit à une situation insensée. En effet, conformément

[1041] Seraglini (C.) et Ortscheidt (J.), *op. cit.,* p. 222.
[1042] Article 8 de l'Interpretation de la Cour populaire suprême sur l'application de la Loi sur l'arbitrage, *op. cit.*
[1043] Article 9 de l'Interpretation de la Cour populaire suprême sur l'application de la Loi sur l'arbitrage, *op. cit.*
[1044] Cour populaire suprême, 27 mai 2003, *Bao Yangbo c. Chongqing Shangqiao Industries Co.* Voir Wan (E.) (ed), *Guide on Foreign-related Commercial and Maritime Trials,* vol. 5, 2003, pp. 30-42; Yeoh (F.) et Fu (Y.), "The People's Courts and arbitration: a snapshot of Recent Judicial Attitudes on Arbitrability and Enforcement", *Journal of International Arbitration,* 24(6), 2007, 635-649.

à cette solution jurisprudentielle, en cas de cession de parts sociale d'une joint-venture sino-étrangère, la clause d'arbitrage contenue dans le contrat de joint-venture serait opposable aux cessionnaires intermédiaires, mais inopposable au cessionnaire final, sauf si ce dernier accepte expressément la transmission de la clause.

560. Levée de voile social. Selon l'article 36 des Principes généraux du droit civil chinois, les personnes morales jouissent des droits civils et assument les obligations civiles, en toute indépendance, conformément à la loi[1045]. La Loi des sociétés ajoute à l'article 3 que « *les sociétés répondent de leurs dettes avec l'ensemble de leurs actifs. Les associés d'une société à risque limité sont tenus envers celle-ci dans la limite des parts qu'ils ont souscrites* »[1046]. Cette séparation de responsabilité doit cependant être écartée lorsque la société a été créée ou utilisée par les associés pour porter préjudice à un tiers. Dans ce cas-là, on parle de la théorie de la « *levée du voile sociale* », afin de sanctionner le comportement frauduleux des associés.

Le champ *ratione personae* du consentement à l'arbitrage n'est pas encore clairement déterminé par le droit chinois de l'arbitrage, surtout en lorsque le contrat qui contient cette clause compromissoire est un contrat de joint-venture sino-étrangère. En effet, un contrat de joint-venture est signé entre les associés d'une joint-venture, mais suppose souvent la participation d'un tiers au contrat. Ainsi, face à cette difficulté, le juge (ou l'arbitre) doit concilier deux principes du droit : l'autonomie de la clause d'arbitrage et l'effet relatif du contrat.

2) Champ ratione materiae limité du consentement à l'arbitrage

561. Champ *ratione materiae*. Le consentement à l'arbitrage est également limité par la matière que les parties souhaitent soumettre au tribunal arbitral. En effet, le tribunal arbitral n'est pas compétent pour trancher au-delà des questions que les parties ont accepté de voir trancher par voie s'arbitrage. Les parties sont libres de déterminer les questions qui seront soumises à l'arbitrage, à condition que ces questions concernent « *les litiges contractuels et les autres litiges relatifs aux droits et intérêts patrimoniaux »*[1047]. En matière de joint-venture

[1045] Article 36 des Principes généraux de droit civil de la République populaire de Chine , "*A legal person shall be an organization that has capacity for civil rights and capacity for civil conduct and independently enjoys civil rights and assumes civil obligations in accordance with the law*", disponible sur http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=182628, consulté le 9 juin 2017.
[1046] Article 3 de la Loi des sociétés.
[1047] Article 2 de la Loi sur l'arbitrage.

sino-étrangère, la question du champ *ratione materiae* du consentement à l'arbitrage est plus compliquée car, elle ne porte pas uniquement sur le contrat de joint-venture, mais également sur une pluralité de contrats qui peuvent intervenir.

a. Matières couvertes par la clause compromissoire du contrat de joint-venture

562. Présentation. Le droit chinois des investissements directs étrangers comporte des dispositions relatives à l'étendue du consentement des parties. La Loi sur les EJV énonce à son article 15 que « *tout différend surgi entre les associés d'une EJV qui ne pourrait pas être résolu par voie de consultation au sein du conseil d'administration peut être réglé par voie de conciliation ou d'arbitrage* ». Le Règlement d'application de la Loi sur les EJV précise à l'article 97 que le consentement à l'arbitrage est limité aux « *litiges de l'interprétation et l'exécution de l'accord, du contrat et des statuts entre les parties à la joint-venture* ». La Loi sur les CJV adopte une formulation encore plus restrictive que celle de la Loi sur les EJV car, elle limite le consentement à l'arbitrage aux seuls litiges relatifs à l'exécution du contrat de CJV[1048].

La convention d'arbitrage type de la CIETAC comporte une formulation plus générale. Elle couvre « *tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci* »[1049], et ne se limite pas aux litiges relatifs à l'interprétation et à l'exécution du contrat. La formulation de la CIETAC est identique à celle de la clause type de la CCI, selon laquelle « *tout différend découlant du présent contrat ou en relation de celui-ci* »[1050] peut être résolu par voie d'arbitrage.

563. Formulation restrictive. Contrairement au droit français[1051], le droit chinois de l'arbitrage ne fait pas une application large des formations restrictives. Le tribunal intermédiaire de Pékin a confirmé l'interprétation stricte de la formulation restrictive et a brièvement défini la notion « *tout litige découlant de l'exécution du contrat* » dans un avis de 1999[1052]. Selon l'avis du tribunal intermédiaire de Pékin, les « litiges découlant

[1048] Article 26 de la Loi sur les CJV.
[1049] Model Arbitration clause de la CIETAC, accessible sur http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=188&l=en, consulté le 8 juin 2017.
[1050] Standard ICC arbitration clauses (French version), disponible sur https://iccwbo.org/publication/standard-icc-arbitration-clauses-french-version/, consulté le 8 juin 2017.
[1051] Voir Seraglini (C.) et Ortscheidt (J.), *op. cit.*, n°702.
[1052] Avis du tribunal intermédiaire de Pékin sur quelques questions relatives à la résolution de demande d'affirmation de la validité d'une convention d'arbitrage et d'annulation de sentence arbitrale (北京市高级人民法院关于执行"关于审理请求裁定仲裁协议效力、申请撤销仲裁裁决案件的'暂行规定'和'若干问题

l'exécution du contrat » comprend « *les différentes étapes de l'exécution des obligations contractuelles* »[1053] et « *les conséquences juridiques de l'inexécution contractuelle* »[1054]. Cependant, si, à la lecture des dispositions relatives aux joint-ventures, ni la validité, ni la résiliation ne peuvent être soumises à l'arbitrage, les sentences arbitrales montrent cependant que les tribunaux arbitraux ne vérifient ni le réglementaire applicable i la formation de la clause compromissoire, et affirme leur compétence pour trancher les litiges relatifs à la formation, à la validité des contrats de joint-ventures et à leur résiliation[1055].

564. Formulation large. L'article 2 de l'Interprétation de la Cour populaire suprême sur la Loi sur l'arbitrage[1056] définit la notion de « *litige en relation avec un contrat* » au moyen d'une liste illustration non exhaustive, et considère que « *les litiges portant sur la formation, la validité, la modification, la transmission, l'exécution, la responsabilité pour inexécution, l'interprétation, la résolution, etc., du contrat* » peuvent être soumis à l'arbitrage. Cette liste non exhaustive inclut tous les litiges pouvant survenir à l'occasion d'un contrat. Cependant, ce consentement large inclut-il les litiges extracontractuels ? Les litiges extracontractuels sont ceux qui ne résultent pas du rapport contractuel préalable existant entre les cocontractants, mais d'un rapport délictuel né entre les parties dans le cadre de leurs relations commerciales du fait de la survenance d'un délit ou d'un quasi-délit. Les arbitres occidentaux du commerce international, et notamment la jurisprudence française[1057] estime que lorsque la clause d'arbitrage vise tout litige en relation avec le contrat ou à l'occasion de l'exécution du contrat, la nature délictuelle ou quasi délictuelle du différend opposant les

---

的意见”的说明), publié le 3 décembre 1999, disponible sur http://www.lsyypt.com/flfg/getLawCodeInfo?lawCodeId=14695, consulté le 8 juin 2017. Son 16 prévoit que "*l'exécution du contrat est un acte continu, et comprend toutes les étapes de l'exécution des obligations contractuelles et les conséquences juridiques de l'inexécution contractuelle. À moins que les parties au contrat n'indiquent clairement et expressément que le champ d'application de la clause d'arbitrage se limite à un élément spécifique de l'exécution contractuelle : les litiges découlant de l'indemnisation contractuelle, les litiges liés à l'interprétation du contrat, etc, toute question relative au contrat est incluse dans la clause d'arbitrage*".

[1053] *Ibid.*

[1054] *Ibid.*

[1055] Willems (J.), *op. cit.*, p. 125.

[1056] Article 2 de l'Interprétation de la Cour populaire suprême de la Loi sur l'arbitrage.

[1057] Cass. civ. 1, 6 juillet 2016, N°15-19521, "*Mais attendu que l'arrêt, par motifs propres et adoptés, après avoir relevé que le formulaire de la demande de participation aux bénéfices de la coupe du monde 2010, signée par le FC Sochaux, contenait une clause donnant compétence au TAS en cas de différend, retient que, rédigée en termes généraux, celle-ci ne peut voir son champ d'application limité aux seuls litiges relatifs à cette participation ; qu'ayant, ainsi, fait ressortir que la clause compromissoire n'était pas manifestement inapplicable au différend opposant les parties, la cour d'appel en a exactement déduit que le tribunal de grande instance était incompétent pour connaître de la demande dès lors qu'il appartient au tribunal arbitral de statuer par priorité sur sa propre compétence*". Disponible sur https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032867426, consulté le 8 juin 2017.

parties ne saurait permettre de retenir le caractère manifestement inapplicable de la clause[1058]. Cette position n'est cependant pas celle adoptée par la Chine. En effet, dans la sentence *Seafood restaurant JV 1989*[1059], le tribunal CIETAC a refusé d'examiner une demande de remboursement de frais, au motif qu'elle jetait au-delà du champ d'arbitrage prévu par la joint-venture contractuelle[1060].

La question d'élargissement du consentement à l'arbitrage aux demandes de nature délictuelle se pose souvent à l'occasion de litiges multiparités, opposant des parties liées par une clause compromissoire et des tiers. Concernant les joint-ventures sino-étrangères, cette question résulte de litiges liés à des contrats multiples, ce qui nécessite que le juge ou l'arbitre apprécie les relations entre le contrat de joint-venture et d'autres contrats conclus pour le bon fonctionnement de la société, soit entre les associés de la joint-venture, soit entre un associé de la joint-venture et un tiers.

b. Litiges de joint-ventures nés des contrats multiples

565. Complexité du contrat de joint-venture. Un contrat de joint-venture n'est pas un contrat isolé, il s'agit d'un contrat-cadre qui prévoit la conclusion simultanée ou ultérieure d'autres contrats entre les associés ou les tiers. Ainsi l'appréciation par le juge ou l'arbitre du degré de dépendance entre le contrat de joint-venture et les autres contrats[1061] est décisive quant à la détermination de l'applicabilité de la clause compromissoire du contrat de joint-venture aux autres contrats conclus pour le bon fonctionnement de la joint-venture[1062]. En effet, selon ce degré de dépendance, dont la détermination se fait sur l'appréciation de la volonté commune des parties, un groupe de contrats peut se créer, ce qui permet au juge ou à l'arbitre l'étendre le champ de la clause compromissoire du contrat de joint-venture aux signataires des autres contrats conclus pour le bon fonctionnement de la joint-venture[1063].

Les sentences arbitrales relatives aux joint-ventures sin-étrangères font régulièrement état d'autres conventions signées entre les mêmes associés de la joint-venture, ou avec un tiers.

[1058] Seraglini (C.) et Ortscheidt (J.), *op.cit.*, n°703.
[1059] Sentence CIETAC, *Seafood restaurant Case* (1989), *in 中國國際經濟貿易仲裁裁決書總編, op. cit.,* §6, cité par Willems (J.), *op. cit.*, p. 127.
[1060] *Ibid,* "*Beyond the scope of the dispute concerning the CJV and this claim should not be considered by the arbitral tribunal*".
[1061] Pironon (V.), *op. cit.,* n°688.
[1062] Willems (J.), *op. cit.,* p. 128.
[1063] *ibid.*

Il peut également s'agit des avenants du contrat initial de joint-venture, des contrats accessoires ou des contrats s'application[1064]. Enfin, les sentences peuvent également mentionner les conventions relatives à la structure ou à l'organisation de la joint-venture, comme les statuts, les conventions de dissolution ou les contrats de cession de part sociale de la société[1065].

566. Entre les parties identiques. Un litige survenu entre les associés d'une joint-venture sino-étrangère[1066] portant sur l'interprétation ou l'exécution de l'accord, du contrat et des statuts de l'EJV[1067] peut être tranché par voie d'arbitrage. Dans la majorité des cas, les clauses compromissoires insérées dans les contrats de joint-venture mentionnent uniquement les « litiges en relation avec le contrat » de joint-venture, excluant implicitement ainsi ceux qui sont en relation avec les statuts ou l'accord de joint-venture. Il est cependant possible pour les parties de rédiger la clause de façon à inclure les litiges en relation avec d'autres contrats. En l'absence de telle rédaction, l'application de la clause compromissoire du contrat de joint-venture à d'autres contrats conclus entre les mêmes parties reste possible si ces contrats présentent un lien suffisant qui permettrait d'unifier les litiges en relation avec différents contrats afin d'éviter un dépeçage de différends, à condition que les contrats en cause ne contiennent pas de dispositions contradictoires[1068], telles qu'une clause compromissoire désignant une autre institution d'arbitrage.

567. Entre une partie et un tiers. Il s'agit des litiges qui sont en relation avec un contrat conclu entre un associé de la joint-venture et un tiers au contrat de joint-venture (la joint-venture, par exemple, est un tiers au contrat de joint-venture qui la constitue). Ces contrats peuvent être des contrats d'exportations, des contrats de fourniture de service ou de vente de marchandises qui sont signés ultérieurement à la conclusion du contrat de joint-venture pour les besoins de la société. Souvent, ces contrats ne comportent pas de clause compromissoire. Lorsque le contrat est signé entre l'associé chinois de la joint-venture avec un cocontractant local ou la joint-venture constituée, le litige perd son élément d'extranéité et devient de nature interne. Ce qui pose la question de savoir si le cocontractant du second contrat peut avoir accès à l'arbitrage international sur la base de la clause compromissoire du contrat de joint-venture.

[1064] *ibid,* p. 129
[1065] *ibid,* p. 129
[1066] Article 15 de la Loi sur les EJV.
[1067] Article 97 du Règlement d'application de la Loi sur les EJV.
[1068] Tran (F.-X.), *Les contrats ils devant l'arbitre du commerce international,* Paris, LGDJ, 2003, pp. 303-331.

568. Exemple jurisprudentiel. Conformément à l'avis de la Cour populaire suprême du 2 juin 2008[1069], le tribunal intermédiaire de Jinan a, dans une décision du 27 juin 2008[1070], adopté l'interprétation stricte de l'applicabilité de la clause compromissoire en limitant non seulement l'applicabilité *ratione personae* de la clause, mais également son applicabilité *ratione materiae*. En l'espèce, les sociétés Hemofarm DD et MAG Intertrate Holding DD avaient conclu un contrat de joint-venture avec la société chinoise Yongning en 1985, afin de former la joint-venture Hemofarm Pharmaceutical. Suram Media Ltd est devenu associé de la joint-venture en 2000. Le contrat de joint-venture comportait une clause compromissoire CCI. Yongning avait signé un contrat de bal avec la joint-venture Hemofarm Pharmaceutical, et un litige survient entre les cocontractants du contrat de bail. Yongning introduit une action en justice contre la joint-venture devant le tribunal chinois, et a fait bloquer le compte bancaire, ainsi que la mise sous scellés d'une partie des biens de la joint-venture. Les deux autres associés, Hemofarm et Suram ont introduit une demande d'arbitrage devant la CCI contre Yongning pour le préjudice subi en raison de la violation du contrat de joint-venture par l'associé chinois. Dans une sentence du 7 mars 2007, le tribunal CCI reconnaît que les actions de Yonging constituaient une violation du contrat de joint-venture et que le litige entre la joint-venture et Yonging aurait dû être examiné par un tribunal CCI, conformément à la clause compromissoire du contrat de joint-venture. Les associés étrangers ont demandé alors l'exequatur de la sentence devant le tribunal intermédiaire de Jinan. Face à cette difficulté, le tribunal intermédiaire a posé une question à la Cour populaire suprême concernant l'applicabilité de la clause compromissoire au cas de l'espèce. La Cour populaire suprême a répondu par la négative et a considéré que la clause compromissoire ne jouait pas en l'espèce. Cette réponse ensuite a été reprise par le tribunal intermédiaire de Jinan. Selon la Cour populaire suprême et le tribunal intermédiaire de Jinan, la clause compromissoire ne joue pas en l'espèce pour deux raisons : d'abord, un litige entre des parties de nationalité chinoise est de nature nationale et ne rentre pas dans le champ d'applicabilité de la clause compromissoire internationale. Ensuite, les litiges qui peuvent être soumis à la clause compromissoire du contrat de joint-venture doivent être relatifs à la

[1069] Cour populaire suprême, 2 juin 2008, *Henofarm DD et al. c. Jinan Yongning Pharmaceutical Co,* Min si ta zi n°11, disponible en anglais sur https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/hemofarm_dd_v_jinan_yongning_pharmaceutical_co_ltd_2008_min_si_ta_zi_no._11.pdf, consulté le 7 juin 2017, reproduit dans Wan (E.) (ed), *op. cit.,* pp. 124-134.

[1070] Tribunal Intermédiaire de Jinan, 27 juin 2008, *Henofarm DD et al. c. Jinan Yongning Pharmaceutical Co, in* Van Den Berg (dir.), Yearbook Commercial Arbitration 2009, Vol. XXXIV (2009), §478, disponible sur http://rmfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=120776, consulté le 9 juin 2016.

joint-venture, et survenir entre les parties signataires du contrat de joint-venture. Ainsi, la clause compromissoire doit être interprétée strictement par le juge et l'arbitre. Ces derniers ne peuvent pas étendre son champ aux groupes de contrats.

SECTION 3. ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

569. Présentation. Le succès des investissements en Chine, notamment son attractivité vis-à-vis des investissements étrangers directs, est en partie lié aux efforts entrepris par le Gouvernement chinois pour harmoniser le cadre juridique des investissements étrangers avec les standards internationaux[1071]. Ce *corpus* est non seulement composé de normes nationales,[1072] mais également internationales. En effet, le gouvernement a été réactif dans la conclusion des traités bilatéraux et multilatéraux d'investissements et a ainsi construit un réseau étendu de traités de protection et de promotion des investissements internationaux[1073]. Parmi ces traités, nous pouvons citer la convention du CIRDI, les accords de l'OMC, la Convention de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements, des accords régionaux[1074], comme les Principes d'investissement non contraignants de la Coopération économique pour l'Asie-Pacifique[1075], et les traités bilatéraux d'investissement (ci-après dénommée « TBI »), tels que les traités bilatéraux d'investissements, les conventions de doubles-imposition[1076] et de libre-échange[1077]. À titre indicatif, jusqu'en 2016, 110 traités

[1071] OCDE, "*Reforms could boost China's ability to attract foreign investmen*t", disponible sur http://www.oecd.org/industry/inv/investmentstatisticsandanalysis/reformscouldboostchinasabilitytoattractforeigninvestment.htm, consulté le 16 février 2017.
[1072] Voir le chapitre precedent.
[1073] UNCTAD, Recent developments in international investment agreements (2006 – June 2007), p. 2, disponible sur: http://unctad.org/en/Docs/webiteiia20076_en.pdf, consulté le 16 février 2017.
[1074] La Chine est devenue un membre actif dans la coopération économique régionale. Elle a signé l'accord commercial Asie-Pacific et un traité cadre avec l'ASEAN. La Chine participe également aux activités de l'APEC et dans les négociations d'adhésion économique de l'Est de l'Asie. Voir Ministère du Commerce, Régional Economic Cooperation, disponible sur http://gjs.mofcom.gov.cn/af/af.html, consulté le 16 février 2017.
[1075] Le document est disponible sur http://www.apec.org/Press/News-Releases/2010/~/media/965E37FDA6D848B4A0350D68D2A4BE1C.ashx, consulté le 16 février 2017.
[1076] À la date d'aujourd'hui (16 février 2017), la Chine a signé et ratifié 99 conventions de double imposition. Pour la liste des conventions, voir http://www.chinatax.gov.cn/n810341/n810770/index.html, consulté le 16 février 2017.
[1077] Les derniers en date sont ceux conclus avec l'Australie et la Corée du Sud, qui sont entrée en vigueur le 20 décembre 2015. La liste est disponible sur http://china.org.cn/business/node_7233287.htm#a10, consulté le 16 février 2017.

bilatéraux d'investissements étaient en vigueur en Chine[1078], et la Chine est parallèlement signataire de 18 traités régionaux couvrant 31 États, et est en négociation pour 6 autres traités régionaux avec 22 États[1079].

Ces conventions ont un intérêt majeur dans le monde des investissements directs étrangers, car dépendant de la taille et de l'activité des investissements directs étrangers, les investisseurs étrangers peuvent non seulement avoir des relations d'affaires avec des entités de droit privé, mais peuvent également signer des contrats avec les autorités étatiques (ex : Contrat d'utilisation de terrain) ou être soumis à des décisions administratives. Or, signer un contrat avec un Etat implique inévitablement un certain risque et une incertitude, surtout concernant le choix du mode de résolution du conflit en cas de survenance d'un litige. L'investisseur chercherait, à raison, de s'échapper à la compétence juridictionnelle des tribunaux de l'État d'accueil tout en assurant la bonne exécution du jugement par l'État d'accueil. Ce souci est partagé par les investisseurs étrangers qui investissent en Chine.

570. Plan. La Chine a inédiablement fait évoluer son droit pour assurer que ses mécahines de protection des investisseurs étrangers soient conformes aux standards internationaux. En effet, avec le flux des investissements directs étrangers, le gouvernement a eu conscience de la nécessité d'améliorer son environnement d'investissement étranger. À cette fin, la Chine a non seulement modernisé ses TBI (I), mais a également ratifié la Convention de Washington qui a créé un régime d'arbitrage pour la résolution des conflits investisseurs-État et qui a établi le Cirdi (II).

I. Un système de TBI chinois de plus en plus modernisé

571. Présentation. Les TBI constituent l'axiome du système juridique des investissements directs étrangers d'un pays. Ainsi, pour comprendre le droit des investissements directs étrangers chinois, il est nécessaire d'examiner les TBI signés par la Chine. En effet, ces TBI ont non seulement une finalité de promotion des investissements directs étrangers (A), mais reflètent également le développement juridique de la Chine (B).

[1078] http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42, consulté le 1 février 2017

[1079] "新闻背景：从八个关键词看贸易大国成长史", *Xinhua News*, disponible sur http://news.xinhuanet.com/2014-03/01/c_119563559.htm, consulté le 1 février 2017.

A. Finalités des TBI selon les autorités chinoises

1) Finalités théoriques des TBI voulues par le gouvernement chinois

572. Pays en voie de développement. Des auteurs du domaine juridique et économique considèrent que les pays concluent des TBI dans le but principal de promouvoir l'investissement étranger avec d'autres États[1080]. Selon eux, les pays en voie de développement, qui sont principalement des importateurs d'investissements, ont besoin d'investissements, mais se retrouvent face au refus des investisseurs étrangers d'investir en raison de la vision selon laquelle les États en voie de développement ne protègent pas de façon efficace le droit de propriété[1081]. Pour ces pays en voie de développement, les TBI constituent un moyen de rassurer les investisseurs étrangers, et d'attirer plus d'investissements, en leur promettant une protection du droit de propriété[1082].

573. Pays développés. Concernant les pays développés, ils concluent principalement des TBI dans le but de protéger les investissements effectués par leurs ressortissants à l'étranger, en particulier dans les pays qui n'appliquent pas le principe de l'État de droit[1083]. Pour ces pays développés qui assurent une protection efficace du droit de propriété, le but essentiel des TBI n'est pas d'attirer des investissements étrangers[1084], mais plutôt de garantir une norme de traitement minimale, et d'encourager les investisseurs étrangers à recourir à l'arbitrage international en cas de différend. En effet, les TBI permettent aux pays développés de protéger les investissements étrangers de leurs nationaux sans pour autant avoir recours à des procédures onéreuses à coloration politique[1085]. Le langage utilisé par près de 3 000 TBI démontre les arguments cités ci-dessus. En effet, la plupart des TBI

[1080] Elkins (Z.), Guzman (A. T.) et Simmons (B. A.)., *op. cit.*, pp. 277-82; Salacuse (J.W.) et Sullivan (N. P.), "Do BITs Really Work? An Evaluation of the Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain", *op. cit.*, pp. 71-72.
[1081] Salacuse (J.W.) et Sullivan (N. P.), *op. cit.*, pp. 76.
[1082] UNCTAD, The Role of International Investment Agreement in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, 2009.
[1083] Salacuse (J.W.) et Sullivan (N. P.), *op. cit.*, pp. 76.
[1084] Elkins (Z.), Guzman (A. T.) et Simmons (B. A.), *op. cit.*, pp. 282.
[1085] Franck (S. D.), "Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law", *Global Bus. & Dev. L.J.*, vol. 19, 2007, pp. 343-44; Ginsburg (T.), "International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance", *Int'l Rev. L. & Econ.*, vol. 25, 2005, pp. 109-110.

annoncent que la finalité du traité est de promouvoir la coopération économique et les investissements entre les signataires dudit traité[1086].

574. But commun : faciliter les investissements entre États. Chaque État parti vise donc des finalités qui diffèrent peu ou prou, mais le but ultime du traité est habituellement de faciliter les investissements conformément aux dispositions du TBI futur. Les objets principaux et le but du TBI se situent dans le préambule et sont utilisés par les tribunaux arbitraux pour interpréter les clauses du traité[1087]. Le préambule des TBI chinois respecte un format unique, et ce format est resté inchangé depuis la première génération des TBI[1088]. Les principes cités dans le préambule ne sont ni extensifs ni spécifiques, contrairement au préambule des TBI français. Ainsi, dans les TBI chinois, il est habituel que le préambule soit rédigé ainsi : « *... soucieux de créer des conditions favorables d'investissements pour les investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Parti ; reconnaissant que l'encouragement, la promotion et la protection réciproques de ces investissements stimuleront les initiatives d'affaires des investisseurs et accroîtront la prospérité dans les deux États ; désireux d'intensifier la coopération économique entre les deux États, sur la base de l'égalité et de l'intérêt mutuel… »*[1089]

575. Cas de la Chine. En d'autres termes, les TBI chinois contiennent habituellement trois principes essentiels dans le préambule : (1) faciliter et attirer les investissements ; (2) contribuer à l'accroissement de la prospérité dans les deux États contractants ; et (3) coopérer sur la base de l'égalité et de l'intérêt mutuel. Ainsi, malgré le but premier du TBI, qui est d'attirer et d'encourager les investissements étrangers directs, il est également essentiel que ces investissements soient avantageux pour les deux pays signataires, comme le démontrent les deux principes suivants du préambule. En cas de doute ou d'ambiguïté, les interprétations qui sont considérées comme étant biaisées au bénéfice de l'investisseur étranger, ou au détriment de l'État d'accueil, doivent généralement être écartées.

Certains préambules, particulièrement ceux des TBI récents, ont adopté une approche plus équilibrée concernant la protection des investissements et les intérêts de l'État d'accueil. Le TBI Chine-Australie de 1988, par exemple, reconnaît expressément que les investissements

---

[1086] ex., TBI Chine-Belgique du 4 juin 1985, disponible sur http://www.kluwerarbitration.com/BITS.aspx?countryChina; TBI Chine-Mexique du 12 février 2009, disponible sur http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/mexico_china.pdf.

[1087] Conformément à l'article 31(1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, "*Un traité droit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et a la lumière de son objet et de son but*".

[1088] Voir les trois générations de TBI chinois.

[1089] Voir les trois générations de TBI.

doivent être faits conformément aux lois locales et aux réglementations de l'État d'accueil[1090], en plus des trois principes classiques. Le TBI Chine-Niger de 1997 contient également une disposition dans son préambule qui reconnaît que les investisseurs doivent respecter la souveraineté et les lois de l'État d'accueil[1091]. Cette exigence est reprise dans les TBI chinois conclus avec Trinidad et Tobago en 2002[1092], le Guyana en 2003[1093], et le Bénin en 2004[1094]. Ces trois TBI cités ci-dessus ont donné naissance à la clause d'exception. La clause d'exception reconnaît que les objectifs du TBI doivent être atteints « *sans compromettre les mesures de portée générale, afférentes à la santé, la sécurité et l'environnement* ».[1095] Ceci doit être pris en compte par le tribunal arbitral dans son travail d'interprétation des clauses substantielles, en particulier, concernant le traitement juste et équitable, et l'expropriation. En effet, en présence d'une telle clause d'exception, les protections substantielles de portée générale ne sont habituellement pas interprétées de façon extensive.

2) Effets réels des TBI sur le flux des investissements étrangers

576. Renforcement de la libéralisation du marché mondial. Certains pays développés considèrent que les objectifs des TBI sont plus larges que ceux qui sont cités dans le préambule des TBI. Selon ces pays, en particulier ceux qui adoptent un régime de la démocratie libérale et capitaliste, les TBI ont également pour but de renforcer la libéralisation du marché mondial. Les buts des TBI avec les États-Unis incluent, par exemple, « *la volonté d'encourager l'adoption par les pays étrangers d'une politique nationale du marché qui traitent les investisseurs étrangers de façon juste et équitable* ».[1096].

[1090] Voir le TBI Chine-Australie, "… *ACKNOWLEDGING that investments of nationals of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party would be made within the framework of laws of that other Contracting Party*", disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/148, consulté le 27 février 2017.

[1091] "… *Recognizing investor's duty to respect the host country's sovereignty and laws*", disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3366, consulté le 27 février 2017.

[1092] TBI Chine-Trinidad et Tobago du 22 juillet 2002, disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/787, consulté le 27 février 2017.

[1093] TBI Chine-Guyana du 27 mars 2003, disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/739, consulté le 27 février 2017.

[1094] TBI Chine-Bénin du 18 février 2004, disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/440, consulté le 27 février 2017.

[1095] Voir le préambule des trois TBI.

[1096] Lang (J.), "Keynote Address", *Cornell Int'l L.J.*, 1998, vol. 31, pp. 455-457; voir S. TREATY DOC. NO. 1, 1994, pp. 104-14,; Finance and Development, U.S. DEP'T OF STATE, http://www.state.gov/e/eb/ifd/.

L'OCDE soutient également la « *libéralisation des régimes d'investissement* » en tant que fil conducteur des TBI[1097]. Les partisans de cette vision considèrent que les TBI obligent les pays en voie de développement à supprimer les barrières juridiques des investissements étrangers, et à créer un environnement accueillant au bénéfice des entreprises privées[1098]. Certains considèrent également que les TBI permettent de promouvoir l'établissement de la bonne gouvernance et de l'État de droit[1099]. D'autres considèrent que certains pays en voie de développement signent des TBI afin de combler leurs lacunes juridiques et de promouvoir l'efficacité du droit. De plus, l'obligation de saisir des institutions d'arbitrage international d'investissement à la place des juridictions nationales empêche les États de prendre des décisions arbitraires vis-à-vis des investisseurs étrangers. En fin de compte, les réformes initiées par les TBI peuvent stimuler des réformes juridiques au niveau national[1100]. Cette position est soutenue par de nombreux États occidentaux démocratiques[1101].

577. Succès de la Chine. Se pose donc la question de savoir si la conclusion des TBI en Chine a réussi à atteindre le but de promouvoir l'investissement en Chine. Est-ce que depuis la conclusion du premier TBI, le taux d'investissements étrangers en Chine a augmenté ? Selon certains auteurs, le but principal des TBI est d'augmenter le nombre d'investissements étrangers directs. Cependant un désaccord subsiste concernant l'efficacité des TBI. En effet, de nombreux facteurs influent sur les décisions des investisseurs. Ces facteurs déterminants incluent des éléments non seulement économiques, mais, également politiques[1102]. Cette complexité rend difficile la distinction entre les effets issus d'un TBI de ceux des autres facteurs. D'autant plus qu'il existe un problème de cause à effet : les pays exportateurs de capitaux ont tendance à conclure des TBI avec des pays dont la politique et le droit produisent une politique des investissements favorable, de sorte que les TBI reflètent, et ne produisent pas, un environnement attractif pour les investissements[1103].

[1097] Organisation For Economic Co-Operation and Development (Oecd), *A Multilateral Agreement On Investment: Report By The Committee On International Investment And Multinational Enterprises (Cime) And The Committee On Capital Movement And Invisible Transactions*, 1995.
[1098] Salacuse (J.W.) et Sullivan (N. P.), *op. cit.* 8, pp. 76.
[1099] Salacuse (J. W.), *The Law Of Investment Treaties,* 2009, pp. 113-14
[1100] *Ibid.*
[1101] *ibid.* Le minister de la finance d'Urugay a notamment dit du TBI Uruguay-États-Unis "*We are not signing this treaty for them, we are signing it for us.*"; Press Release, U.S. Dep't of State, Office of the Spokesperson, United States Concludes Review of Model Bilateral Investment Treaty (Apr. 20, 2012), http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188198.htm.
[1102] Tim Buthe & Helen V. Milner, "The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries: Increasing FDI Through International Trade Agreements?", *Am. J Pol. Sci.*, 2008, pp. 742-43 (2008)
[1103] Salacuse (J. W.) et Sullivan (N. P.), "Do BITs Really Work: An Evaluation of BIT and Theur Grand Bargain, *Harv. Int'l L. J.*, vol. 46, n°1, 2005, p.96

578. Absence de corrélation réelle entre le nombre de TBI et le flux d'investissement. L'ONU a mené plusieurs études sur les effets des TBI sur les investissements étrangers, qui sont publiés en 1988, 1991 et 1998. La première étude a conclu qu'aucune relation apparente n'existe entre le nombre de TBI qu'un État a signé et son flux d'entrée des investissements[1104]. La seconde étude a maintenu la conclusion initiale de la première étude[1105]. La troisième étude, qui est la première à utiliser des analyses économétriques, a inclus une recherche pluriannuelle des flux d'investissements directs au sein de 133 pays, et une recherche sur les flux bilatéraux entre 14 pays exportateurs et 27 pays importateurs d'investissements étrangers[1106]. Dans cette dernière étude, il s'avère qu'il n'existe qu'un lien faible entre le nombre de TBI et le taux d'investissement : les TBI augmentent légèrement le flux d'investissement, particulièrement lorsque l'État d'accueil est un pays en voie de développement[1107]. Cependant, ces résultats doivent être nuancés car, lesdites études ont été menées avant que les TBI connaissent leur essor dans les années 1980[1108].

579. Résultat. Dans la dernière décennie, les chercheurs ont utilisé des modèles plus sophistiqués afin d'analyser la relation entre les TBI et les investissements, mais, les résultats sont souvent mitigés. En 2003, la Banque Mondiale a publié un rapport, démontrant l'absence d'effet négatif des TBI sur le taux d'investissements, et un effet légèrement positif (extrêmement faible cependant), notamment pendant les cinq premières années suivant la conclusion de TBI[1109]. Les auteurs concluent qu'il existe très peu de preuves au soutien de l'hypothèse selon laquelle les TBI stimulent les investissements. De plus, étant donné que les TBI n'encouragent pas les nouveaux investisseurs, il n'a aucun effet sur le renforcement de la protection du droit de propriété ou de l'État de droit.

En 2005, Jennifer Tobin et Susan Rose-Ackerman des départements de la science politique et du droit de l'Université de Harvard ont réalisé une étude utilisant les données collectées dans les années 1984 à 2000, et ont émis une conclusion allant dans le même sens. Selon ces deux auteurs, les TBI ne constituent qu'un simple reflet de la situation d'investissements des

[1104] U.N. Ctr. on Transnat'l Corps. (UNCTC) & Int'l Chamber of Comm., Bilateral Investment Treaties, 1959-1991, U.N. Doc. ST/CTC/65 (1988).
[1105] UNCTC, Bilateral Investment Treaties, 1959-1991, U.N. Doc. ST/CTC/136 (1992).
[1106] UNCTAD, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, U.N. Doc. UNCTAD/ITE/IIA/7 (1998).
[1107] *ibid.* at 111-12
[1108] Simmons (B. A.), "The International Investment Regime: Sovereignty, Investor Security, and Dispute Settlement Since the 1980s*", N.Y.U Straus Inst. for the Advanced Study of L. & Justice*, Working Paper No. 04/10, 2011, disponible sur https://www.princeton.edu/~pcglobal/conferences/ptas/Simmons_pta_paper.pdf, consulté le 19 juillet 2017.
[1109] Hallward-Driemeier (M.), "Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit . . . and They Could Bite", *World Bank,* Working Paper No. 3121, 2003.

pays signataires de TBI au moment de leurs conclusions. Cependant, deux études de la même année conduisent à une conclusion inverse de celle énoncée ci-dessus. Eric Neumayr et Laura Spess de la London School of Économies ont conduit des études utilisant des données issues de 119 États de 1970 à 2001[1110]. Ils ont noté un effet consistant, significatif et positif des TBI sur les flux d'investissements étrangers directs[1111]. Le professeur Jeswald Salaces de la Fletcher School, et l'économiste Nicholas Sullivan ont également conduit des recherches économiques, concernant les États-Unis, ils ont conclu que les TBI ont des conséquences « *larges, positives et significatives* » sur le taux d'investissements, surtout lorsque l'État cosignataire est un État membre de l'OCDE[1112]. En 2009, les professeurs de la politique économique Helen V. Milner et Tim Büthe ont également conclu qu'il existe une corrélation entre l'augmentation du taux d'investissements étrangers et les TBI[1113].

Les études antérieures démontrent une incertitude concernant l'impact des TBI sur les investissements. En 2013, K. Hadley de l'École de droit de Harvard propose une méthode originale différente de celles effectuées par ses prédécesseurs en utilisant trois méthodes d'analyse de régression[1114]. La première analyse de régression mesure la relation entre la présence d'un TBI avec la Chine et le flux d'investissements issus d'autres États, et évalue l'augmentation du nombre d'investissements créée par la conclusion de TBI. La seconde analyse de régression mesure la relation entre la présence d'un TBI avec la Chine et le flux d'investissements issus des pays en voie de développement, et examine la corrélation entre l'augmentation des investissements issus desdits pays, et la signature de TBI. La troisième analyse de régression évalue la relation entre un TBI avec la Chine, et le flux d'investissement sortant de la Chine vers les pays en voie de développement, et mesure la corrélation entre les investissements issus de la Chine vers les pays en voie de développement.

Dans cette première analyse, l'auteur mesure les effets des TBI avec la Chine et le flux entrant des investissements. Le flux d'investissement vers la Chine constitue la variable dépendante, et la présence de TBI est la variable explicative étudiée. L'étude de régression

[1110] Rose-Ackerman (S.) et Tobin (J.), "Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties.", *William Davidson Institute,* WP No. 587, 2005.

[1111] Neumayr (E.) et Spess (L.), "Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?", *London: LSE Research Online*, 2005, disponible sur http://eprints.lse.ac.uk/627/1/World_Dev_(BITs).pdf, consulté le 8 juillet 2017.

[1112] *Ibid.*

[1113] Milner (H. V.) et Büthe (T.), "The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries: Increasing FDI through International Trade Agreements?", *AJPS*, vol. 52, n°4, octobre 2008, pp. 741-762.

[1114] Un ensemble de méthodes statistiques utilisé pour analyser la relation d'une variable par rapport à une ou plusieurs autres (ex : le nombre de BITs et le taux d'investissements).

comprend également d'autres variables qui pourraient influencer les flux d'investissements qui sont : 1) le PNB de l'État contractant, 2) le PIB par habitant de l'État contractant, 3) la croissance réelle du PIB de l'État contractant, 4) le pourcentage de commerce inclus dans le PIB de l'État associé, 5) le taux d'inflation de l'État contractant, 6) le taux de change réel et effectif de l'État contractant, et 7) la stabilité politique de l'État contractant. Ces variables sont classiquement utilisées dans les études concernant les flux d'investissements. Cette analyse conclut qu'il existe une corrélation entre l'augmentation du taux d'investissements vers la Chine et la présence de TBI avec la Chine[1115].

580. Développement juridique. Se pose ensuite la question de savoir si les TBI encouragent le développement de la protection juridique des investisseurs étrangers, et plus largement de l'État de droit en Chine. Afin de mesurer l'effet des TBI sur le développement du droit en Chine, il faut étudier l'extension constante des droits des investisseurs avec les TBI. Et pour évaluer l'effet des PIB sur le développement de l'État de droit et du droit de propriété en Chine, il faut examiner le changement du langage adopté dans les TBI avec la Chine, en effet les TBI signés avec les pays démocratiques ont des conséquences substantielles sur l'évolution du droit des investisseurs et de la transparence au sein du gouvernement. Certains auteurs soutiennent que les TBI ont eu des succès sur les deux plans cités ci-dessus : les droits des investisseurs étrangers sont de plus en plus en expansion depuis la signature du premier TBI par la Chine, et les droits individuels protégés sont de plus en plus nombreux avec la multiplication de traités signés par la Chine avec les Démocraties développées. De plus, plusieurs réformes initiées par l'OCDE portant sur les TBI ont tenté d'améliorer la cohérence et la transparence du régime des investissements, et probablement du régime légal du pays.

B. Évolution des TBI en Chinois

581. Naissance des premiers TBI sous la Chine communiste. La libéralisation du régime légal du droit des investissements étrangers s'est effectuée au fur et à mesure de la conclusion de traités d'investissements bilatéraux. Ces derniers ont pour but d'accorder des droits et

[1115] Hadley (K.), "Do China's BITs matter ? Assessing the effect of China's investment agreements on foreign direct investment flows, investors' rights, and the Rule of Law", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 45, 2013, p. 269.

protections aux investisseurs étrangers souhaitant effectuer des opérations économiques, qui sont qualifiées d'investissements, au sein du pays d'accueil[1116].

En Chine communiste[1117], ces traités ont vu le jour dans les années 1950 et 1960, en réponse à la vague d'expropriation et de nationalisation des biens appartenant aux investisseurs étrangers par des États en voie de développement[1118] dans lesquels l'investissement a eu lieu. Ces opérations d'expropriation et de nationalisation démontrent non seulement le danger d'investir dans les pays en voie de développement, mais, également l'inefficacité de la règle de droit international coutumier, connue sous l'appellation de la règle *Hull*, selon laquelle l'État expropriateur a l'obligation d'indemniser l'opération effectuée par l'investisseur étranger afin d'assurer une expropriation « *prompte, adéquate et effective* »[1119]. Avec l'échec de la règle *Hull*, les pays développés se sont tournés vers les traités d'investissements bilatéraux afin d'obtenir une meilleure protection de leurs investisseurs[1120].

Depuis la signature du premier traité conclu entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959[1121], le TBI est devenu l'instrument le plus utilisé pour structurer les relations économiques entre différents États. Dans les premiers temps, les TBI étaient principalement signés entre un pays développé et un pays en voie de développement[1122]. Désormais, les États de différents niveaux de développement et régimes politiques concluent des TBI[1123]. La Chine a notamment contribué à l'augmentation du nombre de TBI en raison de sa place capitale au sein de la scène économique internationale, faisant d'elle un des contractants principaux des TBI. Il convient donc d'étudier le développement des TBI chinois (1), et les évolutions des clauses principales contenues dans les TBI chinois (2).

1) Du lancement du programme de TBI à la dernière génération de TBI

[1116] *Ibid*, pp. 309.
[1117] Les premiers traités bilatéraux conclus par la Chine moderne sont présentés dans la première partie de la thèse.
[1118] Elkins (Z.), Guzman (A. T.) et Simmons (B.), "Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties 1962–2000", *U. Ill. L. Rev*, 2008, pp. 265, 267-68.
[1119] Guzman (A. T.), "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Va. J. Int'l L.*, vol. 38, 1998, pp. 644-5. Pour la règle Hull, voir "Letter from Cordell Hull to the Mexican Government", 3 *Green Haywood Hackworth, Digest Of International Law*, vol. 3, 1949, p. 288.
[1120] Guzman (A. T.), *op. cit.*, pp. 651-52.
[1121] UNCTAD, Bilateral Investment Treaties: 1959-1999, U.N. Doc. UNCTAD/ITE/IIT/2006/5 (2000).
[1122] Elkins (Z.), Guzman (A. T.) et Simmons (B.), *op. cit.*, p. 272.
[1123] *Ibid.*, pp. 272-74.

582. Aperçu général. En Chine, le programme des traités bilatéraux d'investissement a connu trois périodes de développement, et pas moins de trois générations de TBI se sont succédé depuis la conclusion du premier TBI par le gouvernement en 1982. Certes, de manière générale, chaque génération s'inscrit dans une période spécifique du développement des TBI, mais certains TBI peuvent toutefois avoir des caractéristiques typiques de deux générations ou périodes différentes.

583. Première génération de TBI. Entre 1982 et 1989, le Gouvernement a lancé le programme de TBI et la Première génération de TBI a vu le jour. Cette vague de conclusion des TBI en Chine est le résultat de la politique d'ouverture adoptée à la fin des années 1970. Afin d'alimenter le développement économique, la Chine a adopté un plan étendu de modernisation, dont l'introduction des investissements étrangers directs, de la technologie et du savoir-faire étranger constitue la finalité. Ainsi, la première loi portant sur les investissements étrangers directs, c'est-à-dire la loi sur les EJV, a été adoptée en 1979, envoyant un premier signal de bienvenue aux investisseurs et aux États étrangers. Un nombre de lois et de règlements a été adopté dans les années suivantes afin de répondre aux problèmes concernant l'impôt sur le revenu, le contrôle des devis, la gestion du travail, etc.[1124]. Par la suite, la Constitution chinoise a été amendée en 1982 afin d'insérer un nouvel article qui reconnaît constitutionnellement l'existence des investissements étrangers et leur octroie une protection conformément à la loi chinoise[1125].

Cependant, le Gouvernement s'était rapidement aperçu que la simple adoption de lois nationales était insuffisante pour accroître le nombre d'investissements étrangers directs en Chine. Des engagements internationaux étaient nécessaires afin de renforcer les promesses faites par la Chine en 1979 et d'augmenter la confiance que les investisseurs étrangers éprouvent envers le gouvernement chinois[1126]. En effet, selon Shishi Li, malgré les affirmations constantes de la politique d'ouverture par le Gouvernement chinois, certains

[1124] Gallagher (N.) et Shan (W.), *Chinese investment treaties: policies and practice*, Oxford University Press, 2009, p. 35.

[1125] Article 18 de la Constitution de 1982 : "*Conformément aux dispositions législatives et règlementaires de la République Populaire de Chine, celle-ci autorise les entreprises, les autres organisations économiques et les citoyens de pays étrangers à investir en Chine et et à y pratiquer diverses formes de coopération économique avec les entreprises ou les autres organisations économiques chinoises. Les entreprises et les autres organisations économiques de pays étrangers, ainsi que les entreprises mixtes, à capitaux chinois et étrangers, installées en territoire chinois sont tenues d'observer les lois de la République Populaire de Chine. Leurs droits et intérêts légitimes sont protégés par la loi*".

[1126] Li (S.), "Bilateral investment promotion and protection agreements: practice of the People's Republic of China", *in* Paul De Waart, Paul Peters, and Erik Denters (dir.), I*nternational Law and Development,* Dostrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 165.

investisseurs et États étrangers doutaient de la véracité d'une telle politique en raison de son caractère nouveau et de la réputation de la Chine[1127].

Durant cette période, la Chine était un État socialiste ayant une économie dominée par la politique de la planification centralisée. Le traitement et la protection des investisseurs étrangers n'étaient régis que par le droit national, et les mesures politiques n'arrivaient pas à effacer la méfiance ancrée dans l'esprit de certains qui pensaient, à juste titre, que les mesures politiques pouvaient être modifiées sans qu'aucune responsabilité soit mise en cause pour les promesses effectuées antérieurement par le Gouvernement.

Face à cette méfiance, la Chine s'est engagée à respecter ses obligations internationales en concluant des traités bilatéraux, pour que la confiance puisse enfin s'installer entre les investisseurs et la Chine[1128]. C'est dans ce contexte d'établissement de la confiance que les premiers TBI chinois ont été conclus entre 1982 et 1985 avec des pays industrialisés exportateurs de capitaux[1129]. Entre 1985 et 1989, les TBI chinois se sont progressivement diversifiés : d'abord, la Chine a conclu des TBI avec des pays en voie de développement[1130], tout en continuant à signer des TBI avec des pays développés[1131]. Puis, la Chine a étendu ses TBI aux économies transitoires[1132]. La zone géographique des TBI chinois s'est étendue : de l'Europe de l'Ouest, la Chine a atteint l'Europe de l'Est, puis l'Asie, et enfin l'Afrique.

584. Caractéristiques des premiers TBI. Les premiers TBI avaient un caractère conservateur, ce qui était conforme à la pratique internationale de l'époque[1133]. Le premier modèle de TBI chinois a été conçu en 1984, d'après le premier TBI conclu entre la Chine et la France. Il incorporait des dispositions classiques, comme la définition des notions utilisées, le traitement juste et équitable, la clause de la nation la plus favorisée, la clause de dépossession et d'indemnisation, le libre transfert, la garantie et subrogation et la clause de

---

[1127] *Ibid.*

[1128] *Ibid.* L'autre raison pour la conclusion des TBI est la volonté d'obtenir une protection des investissements chinois à l'étranger depuis la Chine est devenu un des plus grands investisseurs sur le plan international.

[1129] Ces premiers TBI sont principalement conclus avec des Etats européens : La Suède (29/031982), l'Allemagne (07/10/1983), la France (30/05/1984), Belgique-Luxembourg (04/06/1984), le Finlande (04/09/1984), la Norvège (21/11/1984), l'Italie (28/01/1985). Liste disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42, consulté le 16 février 2017.

[1130] Le Thailand (12/03/1985), le Singapour (21/11/1985), le Koweit (23/11/2985), le Sri Lanka (13/03/1986), la Malaisie (21/11/1988), le Pakistan (12/02/1989) et le Ghana (12/10/1989). Liste disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42, consulté le 16 février 2017.

[1131] Le Danemark (29/04/1985), les Pays-Bas (17/06/1985), l'Autriche (12/09/1985), le Royaume-Unis (15/05/1986), la Suisse (12/11/1986), l'Australie (11/07/1988), le Japon (27/08/1988) et la Nouvelle-Zélande (22/11/1988). Liste disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42, consulté le 16 février 2017.

[1132] La Pologne (07/06/1988) et la Bulgarie (27/06/1989). Liste disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42, consulté le 16 février 2017.

[1133] [1133] Gallagher (N.) et Shan (W.), *op. cit.*, p. 36.

règlement des litiges. Cette version des TBI stipule également que les litiges entre un investisseur et l'État d'accueil portant sur le montant de compensation à la suite d'une expropriation peuvent être soumis à un tribunal arbitral *ad hoc*, alors que les autres litiges peuvent être résolus par un tribunal local. Une révision dudit modèle a eu lieu à la fin des années 1980, lorsque la seconde version du modèle de TBI a été adoptée. Cette seconde version a gardé le cadre principal de la première version, mais a inséré la clause-parapluie et la clause du traitement national. La notion de la valeur réelle des investissements a également été insérée dans la clause de dépossession et indemnité.

Deux éléments distinctifs peuvent alors être soulevés. Le premier porte sur la définition étendue d'investissement qui inclut les participations indirectes, qui comprend les sociétés de portefeuille qui effectuent plusieurs opérations d'investissements dans le pays d'accueil. Le deuxième est la stipulation extraordinaire portant sur le règlement des litiges entre États d'accueil et l'investisseur étranger. La disposition ne couvre que les litiges relatifs au montant de l'indemnisation d'expropriation, et exige qu'un tel litige soit examiné au préalable par un tribunal local. Si le conflit persiste, le litige doit être résolu par les deux États. Ainsi, un différend entre un investisseur et l'État d'accueil devient un différend entre l'État d'accueil et l'État d'origine[1134], ce qui revient dans la pratique à invoquer la protection diplomatique.

585. Seconde génération de TBI et l'accession de la Chine au Cirdi. La période entre 1990 et 1997 est marquée par l'accession de la Chine au Cirdi et par l'avènement de la seconde génération de TBI.

Créé en 1965 par la Convention du Cirdi, le Cirdi est l'institution internationale de règlement des litiges Investisseur-État. Initialement, la Chine adoptait une attitude sceptique, voire résistante, envers la Convention et le Centre de règlement des litiges car, elle la considérait qu'une telle institution créée par des pays occidentaux capitalistes constituait une menace à sa souveraineté et à sa compétence juridictionnelle[1135]. Cependant, les avantages issus de l'application de la politique d'ouverture et de réforme ont renforcé la conviction selon laquelle l'adhésion au Cirdi était la voie à suivre pour le développement économique de la Chine. Cette conviction a été non seulement été encouragée par les universitaires chinoises, mais a également été expressément manifestée par Deng Xiaoping durant sa campagne politique dans le sud de la Chine. En effet, les universitaires considéraient que non seulement

[1134] Voir l'article 4(3) du TBI signé avec la Roumanie en 1983.
[1135] Ku (J. G), "China and the Future of International Adjudication, *Md. J. Int'l L.*, vol. 27, 2012, p. 154.

l'assession de la Chine au Cirdi ne constitue pas une réelle menace à la souveraineté nationale car, la signature de la Convention Cirdi ne signifie pas une acceptation directe de la compétence du Cirdi[1136], mais cette adhésion pourrait permettre à la Chine d'influer les tendances internationales[1137] et de se protéger directement sur la scène internationale des investissements directs étrangers[1138].

Après une période d'examen approfondi, la Chine a finalement signé la Convention Cirdi le 9 février 1990, marquant ainsi son acceptation de soumettre les litiges investisseur-État à une juridiction internationale d'arbitrage. La ratification a eu lieu le 7 janvier 1993 et la Convention est en vigueur en Chine depuis le 6 février 1993. Conformément à l'article 25 (4) de la Convention[1139], la Chine a notifié au Centre lors de la ratification de la Convention qu'elle ne soumettrait les requêtes d'indemnisation d'expropriation qu'à une juridiction Cirdi[1140], limitant ainsi la compétence du Centre. Cette réserve émise par la Chine ne signifie cependant pas que la Chine refuse totalement compétence du Cirdi, mais signifie uniquement que le gouvernement chinois peut consentir à la compétence du Cirdi au cas par cas, selon le TBI signé[1141].

Malgré la réserve émise par la Chine, cette adhésion à la Convention Cirdi constitue un événement primordial dans l'histoire chinoise des traités d'investissements car, elle a permis aux États de désigner directement une juridiction Cirdi lors des négociations. En effet, l'arbitrage Cirdi a longtemps été le mécanisme de règlement des litiges le plus sollicité par certains États durant les négociations de TBI avec la Chine. Antérieurement à la signature de la Convention Cirdi, ces États n'ont réussi à inclure dans leurs TBI avec la Chine qu'une disposition déclarant que les deux parties contractantes disposent de la faculté de soumettre les litiges investisseur État à un arbitrage Cirdi[1142]. De plus, ces litiges ne pouvaient porter

---

[1136] Zhou (C.), "对我国应否加入解决投资争端公约的几点意见 », *法學評論*, vol. 1, 1987, p. 42.

[1137] 张庆麟, « 用尽当地救济与"中心"（ICSID）管辖权 », *中国国际经济法学研究会主办*, 4 mars 2014, disponible sur http://ielaw.uibe.edu.cn/wtoflzdyj/7228.htm, consulté le 3 janvier 2016.

[1138] 张智勇, *« 我国对海外直接投资的法律保护», 法学杂志*·, vol. 2, 1997, p. 14.

[1139] Article 25 (4) de la Convention : "*Any contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre*"

[1140] "*Pursuant to Article 25 par. 4 of the Convention, the Chinese Government would only consider submitting to the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes disputes over compensation from expropriation and nationalization*". ISCID, Contracting States and Measure Taken by Them for the Purpose of the Convention, Septembre 2012, disponible en anglais sur http://icsid.worldbank.orgflCSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&Measures=True&language=English, consulté le 7 mars 2017.

[1141] Stephan W. Schill, "Tearing Down the Great Wall: The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China", *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, vol. 15, 2007, p.90.

[1142] Voir le TBI Allemagne-Chine conclu le 7 octobre 1983.

que sur le montant d'indemnisation à la suite d'une expropriation, et seulement si les deux États étaient des membres de la Convention[1143].

Le TBI signé avec la Lituanie le 8 novembre 1993 est le premier à inclure la possibilité de recourir à un arbitrage Cirdi. Son article 8 (2) énonce que « s*i le différend ne peut être réglé dans un délai de six mois à compter de la date a laquelle l'une des deux parties au différend l'aura soulevé par écrit, il sera soumis au choix, et sur demande de l'investisseur de l'autre partie contractante […] à une procédure d'arbitrage du Cirdi, en vue d'un règlement par arbitrage, conformément à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre État et ressortissants d'autres États, ouverts à la signature du 18 mars 1965 à Washington, pourvu que l'investisseur concerné ait déjà épuisé la procédure nationale administrative de révision, conformément aux lois et règlements de cette partie contractante avant recours à un tribunal d'arbitrage international* »[1144].

Une fois que la Chine a signé la Convention Cirdi, il est devenu possible d'insérer valablement la clause d'arbitrage Cirdi dans les TBI. Ce nouveau modèle n'est cependant pas suivi par la totalité des TBI signés par la Chine entre 1993 et 1998[1145], dévoilant ainsi la réticence de la Chine, d'accepter l'arbitrage Cirdi durant cette période.

586. Troisième génération de TBI. Enfin, à partir de 1998, l'accent est mis sur les négociations avec le Canada qui a donné naissance à la troisième génération de TBI. En 1997, lors des négociations entre la Chine et le Canada, le Conseil des affaires de l'État a autorisé quelques changements clefs concernant le futur TBI. Nous pouvons donc affirmer que la base des TBI de la troisième génération a été établie grâce aux efforts des Canadiens en 1997, malgré l'échec des deux parties à parvenir à un accord à cette époque[1146].

La nécessité d'adopter cette nouvelle génération de TBI à ce stage du développement économique de la Chine est remise en cause par certains auteurs[1147]. En effet, la Chine attirait une somme d'investissements étrangers sans précédent avec les TBI de la seconde

[1143] Article 8(2) du TBI signé avec l'Espagne en 1992, et Article 10(4) du TBI signé avec la Grèce en 1992.

[1144] Voir le TBI Chine-Lithuanie du 11 août 1993, disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/756. Voir également l'article 10(2) du TBI avec le Madagascar, conclu le 21 novembre 2005, disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/758, consulté le 17 février 2017.

[1145] Voir l'article 9 du TBI avec l'Uruguay du 2 décembre 1993, l'article 9 du TBI avec l'Azerbaijan du 8 mars 1994 et l'article 9 du TBI avec l'Equateur du 21 mars 1994. Ces trois TBI sont conclus juste après la conclusion du TBI avec la Lituanie le 0 novembre 1993, et les trois pays sont signataires de la Convention Cirdi lors de l'accession de la Chine au Cirdi.

[1146] Le TBI Chine-Canada a finalement été conclu le 9 septembre 2014, c'est-à-dire 15 ans après le début des négociations. Il est entré en vigueur le 1e octobre 2014. Le TBI est disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3476, consulté le 15 juillet 2017.

[1147] Gallagher (N.) et Shan (W.), *op. cit.,* pp. 39-40

génération qui octroyait déjà la possibilité d'accéder à l'arbitrage international, notamment l'arbitrage Cirdi pour tous les litiges entre investisseur et État d'accueil. Ainsi une nouvelle version de TBI n'était pas nécessaire pour encourager les investissements directs étrangers en Chine. Cependant, malgré l'absence de nécessité pratique de modifier la seconde génération de TBI, l'introduction d'une troisième génération de TBI semble être une étape logique du développement des TBI, en raison de la généralisation inévitable de la clause d'arbitrage Cirdi au sein des TBI.

Le premier TBI fondé sur le modèle de la troisième génération est celui conclu avec la Barbade le 20 juillet 1998 et rentré en vigueur le 1er octobre 1999[1148]. Il s'agit du premier TBI dans lequel la Chine insère la clause d'arbitrage Cirdi[1149]. Ce choix n'était cependant pas prévu expressément par le gouvernement[1150]. En effet, le Ministère du Commerce extérieur et de la Coopération économique et le Ministère des Affaires étrangères avaient déjà à l'esprit cette troisième génération de TBI depuis le début des années 1990, après la ratification de la Convention Cirdi par la Chine.

587. Raison d'être de la troisième génération de TBI. Les investissements étrangers directs ont fortement augmenté depuis le début des années 1990, surtout après le discours de Deng Xiaoping pendant sa campagne au sud de la Chine en 1992. Au cours de cette même période, les investissements directs chinois vers le reste du monde ont également pris leur envol. Des changements drastiques ont eu lieu sur le plan international en raison de l'effondrement de l'Union soviétique : les États de l'ancienne URSS, les États de l'Europe de l'Est, et les États de l'Amérique latine ont adopté des mesures politiques néo-libérales en matière d'investissements étrangers[1151], en alignant leurs lois nationales sur les standards internationaux dans le but d'encourager l'investissement étranger direct. Face à l'émergence de ces nouveaux acteurs économiques sur la scène internationale, le gouvernement chinois a ressenti le besoin de libéraliser davantage son régime. De surcroît, il est indéniable que le

[1148] TBI Chine-Barbade du 20 juillet 1998, disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4904, consulté le 17 février 2017.

[1149] Article 9 du TBI entre la Chine et le Barbados. Le TBI avec l'Afrique du Sud, signé en décembre 1997 est le premier à accepter l'accès a l'arbitrage international pour tous les litiges entre investisseur et Etat mais, il ne s'agissait que de l'arbitrage *ad hoc*, et non l'arbitrage Cirdi.

[1150] Aucune demande d'approbation (Qingshi 請示) n'a été soumise au Conseil des affaires de l'Etat pour la conclusion de ce TBI avec le Barbados. Cependant, une telle requête a été déposée en mai 1998 pour le projet de TBI avec le Surinam. Cette requête a été autorisée mais, le TBI n'a pas porté ces fruits. Dans cette requête, le Ministère du commerce extérieur et de la coopération économique et le MFA ont joint un document standard de l'époque qui comprend toutes les caractéristiques des TBI de la troisième génération. Si le TBI entre la Chine et le Surinam avait été conclu, le TBI avec le Barbados ne serait que le second TBI de la troisième génération.

[1151] Gallagher (N.) et Shaw (W.), *op. cit.,* pp. 41

processus de négociation des TBI serait simplifié si une approche plus libérale était adoptée, notamment sur des questions sensibles telles que le mode de règlement des litiges, le traitement national ou l'expropriation. Ces avantages pratiques ont certainement incité les autorités compétentes de la Chine à libéraliser le régime des TBI[1152].

2) Évolution des clauses principales des TBI signés avec la Chine

588. Intérêt de l'étude. Certaines clauses du TBI sont essentielles et indispensables pour promouvoir les flux investissements entre les pays signataires, et la majorité des TBI contiennent lesdites dispositions sous des formulations diverses. La formulation des dispositions varie selon les TBI, de sorte que les investisseurs sont protégés différemment selon le TBI applicable. Il s'agit donc d'analyser le développement des droits des investisseurs étrangers et de l'État de droit en Chine en étudiant les changements de formulation des dispositions principales des TBI qui sont rendus publics. Après avoir identifié le développement des droits des investisseurs et de l'État de droit, il s'agit d'examiner dans quelle mesure le changement de formulation des dispositions des TBI entre la Chine et ses partenaires a participé au développement du droit en Chine. Sur la base de ces données, l'analyse portera ensuite sur l'efficacité des TBI dans la mise en œuvre de réforme législative et dans l'amélioration de la protection du droit de propriété.

589. Tendance libéralisatrice. L'étude porte ici sur le développement des dispositions principales des TBI avec la Chine, pour démontrer si, et dans quelle mesure, le changement de formulation des dispositions clefs des TBI contribue au renforcement de la protection des investisseurs étrangers et de l'État de droit. Il est indéniable qu'au fil du temps, les TBI sont de plus en plus protecteurs des investisseurs et sont de plus en plus proches de la notion de l'État de droit. Conformément à l'étude ci-dessous, la majorité des clauses principales ont subi des modifications, et ces changements ont principalement été introduits par la conclusion de TBI avec des États démocratiques développés, notamment avec les membres de l'OCDE qui adoptent des clauses plus protectrices des droits des investisseurs. Au fil du temps, une tendance de libéralisation s'est introduite dans les TBI signés avec la Chine. Ces clauses protectrices des droits des investisseurs et promotrices de l'État de droit sont de plus en plus récurrentes dans les TBI avec les États démocratiques développés, ce qui n'est pas le cas des TBI signé avec les États autocratiques, ce qui suggère l'hypothèse selon laquelle

[1152] *Ibid.*

les États démocratiques ont réussi à améliorer la protection des droits des investisseurs en Chine et à introduire la notion de droit sur le territoire de l'Empire du Milieu.

a. Champ d'application des TBI : notion d'investissement

590. Définition. La première clause essentielle des TBI concerne la définition de la notion d'« investissement ». Les TBI les plus anciens définissent cette notion de façon brève, en des termes généraux. Les TBI récents ont établi une formulation plus exhaustive. En effet, l'investissement est, selon la définition moderne, « tous les types de biens » (*every kind of asset*), et comprend des droits de propriété clairement définis.

La définition des investissements contenue dans les TBI signés par la Chine est majoritairement expansive. Le premier TBI signé par la Chine est celui avec la Suède en 1982, disposant que le terme investissement « *inclut tous les actifs investis par les investisseurs d'un État contractant sur le territoire de l'autre État contractant […] conformément aux lois et règlements du pays* »[1153]. La clause énumère une liste non exclusive de types d'investissements. Les TBI signés par la Chine contiennent aussi cette version de la clause, et sa notion d'investisseur est également conforme à l'usage international.

591. Intérêt de la définition de l'investissement. Malgré le fait que cette définition reste inchangée depuis le premier TBI en 1982, certains traités contiennent des définitions qui sont considérées comme plus protectrices des droits des investisseurs. Selon M. Rudolf Doler et Mme Margaret Stevens, les pays préoccupés par la protection des investisseurs sont particulièrement intéressés par la protection des investissements effectués par le biais de filiales[1154]. Afin d'assurer une protection effective desdits investissements, certains TBI incluent expressément les investissements indirects. Certes, la majorité des tribunaux qui sont sous l'égide du Cirdi considéraient que les investissements indirects étaient également protégés, même en l'absence de clause explicite[1155]. Cependant, cette position n'est pas

[1153] Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of Sweden on the Mutual Protection of Investment, China-Swed., art. 1(1), Mar. 29 1982, *disponible en anglais sur :* http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/at/201002/20100206778724195.html, consulté le 8 mai 2017.

[1154] Doler (R.) et Stevens (M.), *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 15 juin 1995, p. 23.

[1155] Siemens A.G v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, ¶ 137 (Aug. 3, 2004); CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, ¶ 48 (June 17, 2003).

officiellement reconnue par le Cirdi. Par conséquent, les TBI qui incluent explicitement les investissements indirects restent tout de même plus protecteurs des droits des investisseurs. Le premier TBI de la Chine qui inclut les investissements indirects est celui conclu avec l'Australie en 1988. Ce dernier parle de biens « *appartenant ou contrôlés* » par les investisseurs de la partie contractante[1156]. Le TBI entre la Chine et le Japon inclut les sociétés dans lesquelles l'investisseur a « *un intérêt substantiel* », c'est-à-dire dans lesquelles l'investisseur a « *l'exercice du contrôle ou l'influence décisionnelle* »[1157]. Les TBI signés par la Chine avec l'Argentine, l'Estonie, l'Arabie saoudite, l'Allemagne, l'Espagne, le Portugal, la Nouvelle-Zélande, le Mexique, et le Canada mentionnent également la propriété « *directe ou indirecte* » ou « *la propriété ou le contrôle* ».[1158].

Contrairement à la majorité des TBI, ceux signés avec les Pays-Bas en 2001, et avec l'Allemagne en 2003 ne précisent pas que l'investissement doit être effectué « *conformément aux lois et règlements du pays d'accueil* »[1159]. Dans le protocole additionnel, le TBI avec les Pays-Bas spécifie que le traité ne s'applique qu'en présence d'investissements effectués conformément qu'à la loi nationale des États partis[1160], mais cette précision est absente pour le TBI avec l'Allemagne. Selon Guiguo Wang, le TBI avec l'Allemagne limite plus le pouvoir discrétionnaire de la Chine concernant la détermination des investissements qui rentrent dans le champ de la protection du TBI que d'autres TBI signés par la Chine, ce qui offre une plus grande protection aux investisseurs allemands[1161].

592. Une définition de l'investissement de plus en plus élargie. L'étude de différentes formulations des clauses contenues dans les TBI selon le type d'États avec lesquels la Chine signe les traités est primordiale pour comprendre le développement de la protection d'investissements offerte par la Chine. En effet, la formulation des clauses clefs a évolué avec le temps. Comme nous l'avons souligné ci-dessus, le premier TBI qui inclut les

---

[1156] Art. 1(1)(a) du TBI Chine-Australie du 11 juillet 1988, disponible sur http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/av/20100206778946.html, consulté le 8 mai 2017.

[1157] TBI Chine-Japon, disponible sur http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/747, consulté le 8 mai 2017.

[1158] Article 1(2) du TBI Chine-Argentine du 5 novmebre 1862 ; Article 1(3) du TBI Chine-Estonie du 2 septembre 1993 ; Article 1(1) du TBI Chine-Arabie Saudie du 29 février ; Article 1 du TBI Chine -Allemagne du 1e octobre 1983 ; Article 1(1) du TBI Chine-Espagne du 12 novembre 2005 ; article 1(1) du TBI Chine-Portugal du 9 décembre 2005 ; Article 1(1) du TBI Chine-Nouvelle-Zélande du 7 avril 2008 ; Article 1(1) du TBI Chine-Mexique, *op. cit.* ; Article 1(3) du TBI Chine-Canada du 9 septembre 2012.

[1159] Article 1(1) du TBI Chine-Pays Bas du 26 novembre 2001, disponible sur http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/china_netherlands.pdf ; Artigle 1 du TBI Chine-Allemagne, *op. cit.* 108.

[1160] BIT China-Netherlands, *op. cit.* 7, protocole additionnel, art. 1

[1161] Wang (G.), "China's Practice in International Investment Law: From Participation to Leadership in the World Economy", in *Looking to the Future : Essays in Honor of W. Michael Reisman*, Mahnoush H. Arsanjani et al. eds., 2011, pp. 861-62

investissements indirects dans le champ d'application matérielle du TBI est celui signé avec l'Australie, un pays membre de l'OCDE. Parmi les 11 TBI contenant une telle clause inclusive des investissements indirects, huit sont signés avec des États membres de l'OCDE, deux sont signés avec des États démocratiques non membres de l'OCDE (l'Argentine et l'Estonie, qui ont adhéré à l'OCDE en 2010), et un avec un État non démocratique (l'Arabie Saoudite). À la suite de la signature du traité avec l'Australie, la Chine a conclu 20 TBI avec des États membres de l'OCDE, dont 40 % entre eux contiennent des clauses libérales incluant les investissements indirects. Parmi tous les TBI conclus avec des États démocratiques après la signature du TBI avec l'Australie, 20 % d'entre eux contiennent des clauses libérales. Concernant les TBI avec les États non démocratiques (non membres de l'OCDE), seulement un (sur quarante-neuf) TBI mentionne les investissements indirects. En général, les TBI signés avec les pays développés et démocratiques ont tendance à contenir des dispositions plus protectrices des investissements.

Outre la définition des notions d'investissements et d'investisseurs, d'autres clauses établissent un standard minimal de traitement que les parties contractantes s'accordent à mettre en œuvre sur leurs territoires. Ces dispositions incluent des obligations positives (le traitement juste et équitable), des obligations négatives (interdiction d'actes arbitraires), la clause de la nation la plus favorisée ou la clause de traitement national.

b. Clause du traitement juste et équitable

593. Définition. La majorité des TBI contiennent une obligation de traitement juste et équitable au bénéfice des investisseurs et des investissements issus de la partie contractante[1162]. Le contenu et l'étendue de cette obligation ne sont cependant pas encore clairement établis[1163]. Récemment, des tribunaux internationaux ont interprété cette clause

[1162] Dolzer (R.) et Stevens (M.), *Bilateral Investment Treaties*, 1995, p. 58

[1163] Schill (S. W.), "The multilateralization of international investment law", *Cambridge International Trade and Economic Law*, 2009, p. 263 ; M. Mann (F. A.) soutient que la clause de traitement juste et equitable porte uniquement sur les "*conduct which goes far beyond the minimum standard and afford protection to a greater extent and according to a much more objective standard than any previously employed form of words*." Mann (F. A), "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments », *Brit.Y.B. Int'l L.*, vol. 52, 1981, pp. 241 ; voir regalement UNCTAD, "fair and equitable treatment" , 2012, pp. 10-13, qui explique que la clause du traitement juste est equitable jouit d'une definition large qui étend son application hors du standard minimal international, disponible sur http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf, ; voir également Yannaca-Small (C.), "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", *OECD*, Working Paper No. 2004/3, 2004, qui décrit la comprehension traditionnelle selon laquelle la clause du traitement juste et equitable désigne un "*standard international de justice*", disponible sur http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/33776498.pdf,

en faisant écho au concept de l'État de droit soutenu par les États démocratiques libéraux, et ont inclus les notions de la prévisibilité du droit, du procès équitable, de transparence et de protection contre toute discrimination et arbitraire. Certains TBI conclus entre États en voie de développement ne contiennent pas la clause de traitement juste et équitable, et d'autres incluent explicitement le standard minimal du droit international coutumier[1164]. De nombreux TBI ajoutent l'obligation de « *protection et de sécurité à part entière* » à la clause de traitement juste et équitable[1165]. Le contenu de cette dernière obligation reste également incertain, et elle constitue une protection moindre que celle assurée par la clause de traitement juste et équitable[1166].

594. Cas de la Chine. Tous les TBI signés par la Chine contiennent la clause de traitement juste et équitable et la clause de protection et de sécurité. La formulation de ces dispositions ne varie que de très peu et n'a pas connu de changement majeur depuis le TBI avec la Suède en 1982. Le traité de libre-échange avec la Nouvelle-Zélande en 2008 est le premier qui a adopté une formulation différente. En effet, ce traité spécifie que le traitement juste et équitable inclut « *l'obligation d'assurer que, conformément aux principes généraux du droit, les investisseurs ne subissent ni déni de justice ni traitement injuste ou inéquitable dans leurs procédures administratives ou judiciaires* ».[1167] Cette disposition constitue la codification de la sentence arbitrale *Saipem v. Bangladesh*, selon laquelle la violation du procès équitable du droit international par les juridictions étatiques constitue une violation du TBI pour lequel un tribunal CIRDI est compétent[1168]. En raison du manque de précision concernant la sentence *Saipem* et le champ de contrôle des tribunaux CIRDI sur les actions des tribunaux étatiques, cette clause a largement étendu les droits des investisseurs, et a contribué au développement de la protection des droits des investisseurs en Chine, pour que son système juridique soit conforme aux normes internationales. À la suite de ce premier traité de libre-échange, la Chine en a conclu deux autres avec la Colombie (2008) et le Pérou (en 2009), ces derniers contiennent des dispositions similaires[1169].

[1164] Dolzer (R.) et Stevens (M.), *op. cit.*, p. 60. Les TBI conclus par les Etats-Unis, la Belgique, le Luxembourg, la France et la Suisse parlent de « international law standard ».
[1165] *ibid.*
[1166] *ibid*, pp. 60-61.
[1167] New Zealand FTA, *op. cit.*, art. 143.
[1168] *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID No. ARB/05/7, sentence du 30 juin 2009.
[1169] L'article 2(4) du TBI Chine-Colombie du 11 novembre 2008 dispose que le traitement juste et equitable comprend "*l'interdiction contre le déni de justice pénale, civile ou administrative*", disponible sur http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id779; voir également l'article 132 du TBI Chine – Pérou du 28 avril, disponible sur http://fta.mofcom.gov.cn/topic/enperu.shtml.

Par conséquent, nous pouvons soumettre l'hypothèse selon laquelle le mouvement pro-investisseurs introduit par la clause du traitement juste et équitable, spécifiant que ce traitement inclut la protection contre le déni de justice, a été initié par un TBI signé avec un État démocratique développé. Après le traité avec la Nouvelle-Zélande, la probabilité que les TBI subséquents signés avec d'autres États démocratiques développés contiennent cette clause est plus élevée que si les TBI étaient signés avec les États non démocratiques. De fait, depuis 2008, deux tiers des TBI ou des accords de libres-échanges avec des États démocratiques contiennent la clause du déni de justice, ce qui n'est pas le cas des TBI signés avec des États non démocratiques[1170].

c. Clause d'interdiction des mesures discriminatoires et arbitraires

595. Définition. Certains TBI contiennent des clauses interdisant les mesures arbitraires et discriminatoires qui affectent les investissements effectués par les investisseurs des États partis. Le TBI entre la Malaisie et le Royaume-Uni constitue l'exemple typique d'une telle clause. En effet, son article 2 (2) énonce qu'aucune des deux parties ne doit « *en aucun cas, porter atteinte, par le biais de mesure injuste ou discriminatoire, au contrôle, au maintien, à l'utilisation, à la jouissance des investissements effectués au sein de son territoire par des investisseurs issus de l'autre partie contractante* »[1171]. Ces dispositions ont pour but de mettre en œuvre, de façon concrète, l'obligation imposée par la clause du traitement juste et équitable[1172].

596. Cas de la Chine. Pour la Chine, le TBI avec l'Allemagne, signée en 1983, constitue le premier à interdire les mesures injustes et discriminatoires, mais, cette interdiction ne s'applique qu'aux joint-ventures sino-étrangères établies en Chine[1173]. Puis un élargissement de l'interdiction d'adopter des mesures injustes ou discriminatoires est apparu avec le TBI signé avec le Danemark en 1985, qui dispose dans son article 3 (4) que chaque partie

[1170] Parmi les États démocratique, les TBI de la Nouvelle-Zelande, de la Colombie et du Pérou contiennent cette disposition, contrairement à ceux du Mexique, de la Suisse, du Canada et de la Malte. Parmi les Etats non-démocratiques, les TBI du Singapour et de l'ASEAN contiennent cette disposition. Voir le TBI Chine – Singapour du 21 novembre 1985 Nov. 21, 1985, disponible sur http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/china_singapor.pdf, le TBI Chine – Malte du 22 février et le TBI Chine – ASEAN du 15 août 2009, disponible sur http://fta.mofcom.gov.cn/inforimages/200908/20090817113007764.pdf.
[1171] Dolzer (R.) et Stevens (M.), *op. cit.*, pp. 61-62.
[1172] *ibid.*
[1173] TBI Chine – Allemagne, 1983, *op. cit.*, art. 3.

contractante « *garantit, sans porter préjudice à leurs lois et règlements, de ne pas adopter de mesure discriminatoire* » contre un investissement ou une joint-venture des investisseurs issus de l'autre État parti[1174]. Cette interdiction inclut toute entrave aux contrôle, maintenance, utilisation, jouissance ou disposition desdits investissements. Dans les années 1990, le tiers des TBI signés avec la Chine contient une clause d'anti-discrimination[1175]. Et après le TBI signé avec le Botswana, presque tous les TBI contiennent une telle disposition[1176]. Le TBI avec Chypre, signée en 2001, est le premier à comporter la précision portant sur la conformité aux lois et règlements du pays d'accueil[1177], et depuis la conclusion de ce TBI, sept autres TBI ont également adopté cette formulation de la clause d'interdiction de mesure discriminatoire[1178].

597. Clause de l'interdiction des mesures arbitraires. Comme pour la clause de traitement juste et équitable, l'interdiction de mesures arbitraires a connu sa première apparition en Chine dans un TBI signée avec un État membre de l'OCDE. Après le TBI signé avec le Danemark, 61 % des TBI signés avec des membres de l'OCDE, et 48 % des TBI signés avec un État démocratique en voie de développement contiennent une clause similaire[1179].

C. Caractéristiques chinoises du modèle de TBI actuel

598. Composition des TBI chinois actuels. Le modèle actuel de TBI chinois comporte un préambule et treize parties. Il s'agit d'un format standard proche des modèles européens, notamment de celui du Royaume-Uni qui contient quatorze articles. En revanche, il semble

[1174] TBI Chine – Danemark du 29 avril 1985, article 3(4).

[1175] Parmi les 58 TBI conclus après la signature du TBI avec l'Australie, mais avant celui signé avec le Botwana, 14 d'entre eux contenaient au moins une disposition portant sur " les mesures injustifiées ou discriminatoires".

[1176] Après la conclusion du TBI avec le Botswana BIT, seuls 8 TBI sur 39 ne contiennent pas une telle disposition. Voir le TBI Chine – Botswana du 12 juin 2000, disponible sur http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/china_botswana.pdf

[1177] Le TBI Chie – Chypre du 17 janvier 2001, article 3(2), disponible sur http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/Nocategory/201111/20111107819474.html

[1178] Les TBI contenaient des dispositions portant sur les "mesures injustifiées et discriinatoire" sont ceux conclus avec l'Allemange, la Finlande, l'Espagne, le Portugal, La Corée du Sud, la Nouvelle-Zélande, et la Suisse. Voir le TBI Chine – Corée du Sud du 7 sepmtenre 2007, art. 3, disponible sue http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/Nocategory/201111/20111107819474.html

[1179] Les TBI conclus avec les Etats démocratiques en voie de développement suivants, ultérieurement à la signature du TBI avec le Danemark, contiennennt ladite disposition : Argentine (art. 3), Israel (art. 2), Macédoine (art. 2), Afrique du Sud (art. 3), Bélize (art. 3), Botswana (art. 2), Chypre (art. 3), Trinidad (art. 3), Guyana (art. 2), Bénin (art. 2), Latvia (art. 2), Inde (art. 14), Colombie (art. 2), Malte (art. 2), and Pérou (art. 133). Les seize autres TBI conclus avec les États démocratiques en voie développement ne contiennent pas cette disposition interdisant les mesures arbitraires..

être court comparé au modèle des États-Unis, qui contient trente-sept articles (sans les documents annexes), ou celui du Canada qui contient, quant à lui, cinquante-cinq articles. Le modèle chinois comprend également de nombreuses dispositions classiques que l'on peut trouver dans la majorité des TBI. Il s'agit du préambule, de la définition, de la clause de résolution des litiges entre investisseurs et État d'accueil, de la clause parapluie ou de la clause de sauvegarde des droits, des articles de fond portant sur le traitement standardisé, l'expropriation et l'indemnisation, l'indemnisation pour dommages et pertes, le libre-transfert et la subrogation, et des dispositions finales (application, consultation, entrée en vigueur, durée et rupture).

599. Définition de la notion d'investissement. Cinq caractéristiques clefs peuvent être soulevées au sein du modèle actuel des TBI chinois. D'abord, concernant la définition de la notion d'investissement, le modèle se réfère à la façon dont l'investissement a été réalisé. Ainsi, seuls les actifs « investis par les investisseurs d'une partie contractante conformément aux lois et règlements de l'autre partie contractante dans le territoire de ce dernier » sont considérés comme des investissements qui rentrent dans le champ de protection du TBI[1180]. Il s'agit d'une question essentielle car, la Chine a adhéré à un système d'approbation au cas par cas concernant l'admission des investissements étrangers. En d'autres termes, les investissements qui n'ont pas dûment reçu l'approbation du gouvernement n'auront pas la qualité d'investissement, et ne seront pas protégés par le TBI. Le TBI signé avec l'Allemagne en 2003 a supprimé l'exigence de la « réserve de la loi locale » dans la définition de la notion d'investissement,[1181] mais a ajouté que chaque partie contractante doit « autoriser cet investissement conformément à ses lois et règlements »[1182]. La soumission au droit local est donc une exigence qui perdure en catimini dans certains TBI de troisième génération.

600. Traitement standardisé. La seconde caractéristique porte sur le traitement standardisé. Le modèle de troisième génération octroie le traitement national et le traitement non discriminatoire aux investisseurs étrangers, mais lesdits traitements sont tout de même soumis aux lois et règlements de l'État d'accueil. Ceci est dû au fait que le traitement national ne peut pas être appliqué sans une économie de marché. La Chine a longtemps été une économie planifiée, et ne s'est dirigée que récemment vers une économie de marché. Il est

[1180] Voir l'article 1(1) de la troisième version du Modèle du TBI chinois.
[1181] Voir art 1(1) du TBI Chine-Allemagne signé en 2003.
[1182] Art 2(1) du TBI Chine-Allemagne de 2003.

donc primordial de se rappeler que les anciens modèles de TBI ne contenaient pas la clause du traitement national. Le TBI signé avec le Royaume-Uni est le premier à avoir inclus le traitement standardisé, même s'il s'agissait uniquement d'une clause de bonne foi, invitant les parties contractantes à appliquer le traitement national « dans la mesure du possible »[1183]. Le second TBI comportant une clause de traitement standardisé est celui conclu avec le Japon en 1988, qui soumet l'application du traitement national au « développement solide de l'économie »[1184]. Les TBI les plus récents ont franchi une nouvelle étape. Par exemple, le TBI signé avec l'Allemagne a remplacé la limitation de l'application du traitement national au respect de la loi nationale par la clause de grand-père[1185], ce qui permet la survie des règles de droit chinois considérées comme contraires au traitement national standardisé[1186].

601. Clause d'indemnisation et d'expropriation. La troisième observation porte sur la règle d'indemnisation d'expropriation. Le modèle du TBI chinois n'inclut pas de référence à la formule de Hull sur le caractère convenable, prompt et efficace de l'indemnisation. Il est néanmoins admis que le montant de la compensation doit être « égal à la valeur réelle de l'investissement exproprié », et qu'elle doit être faite « sans délai, être réalisable et librement transférable »[1187].

602. Libre transfert. Concernant le libre transfert, le modèle actuel soumet cette liberté de transfert aux lois et règlements du pays d'accueil[1188]. Cette disposition est nécessaire dans la Chine contemporaine car, cette dernière applique toujours la politique du contrôle des changes, surtout sur les comptes de capital. De plus, sa devise nationale (le renminbi[1189]) n'est pas encore librement convertible[1190]. Cette règle a été libéralisée dans la période récente de la pratique des TBI. Le TBI avec l'Allemagne, par exemple, a remplacé son exigence de « soumission aux lois et règlement de l'État d'accueil » des activités de transfert[1191] par « le respect des formalités issues des lois et règlements de la Chine sur le contrôle des changes » et l'obligation d'enregistrement des conventions de prêt auprès des autorités

[1183] Art 3(3) du TBI Chine-Royaume-Unis.
[1184] Art 4 du TBI Chine-Japon et le 3e point de son Protocole.
[1185] Art 2(3) du TBI Chine-Allemagne et 3e point de son Protocole.
[1186] *Ibid.* Un changement similaire a été effectué concernant le traitement non-discriminatoire.
[1187] Art 4(2) du Model TBI chinois, IIIe version.
[1188] Art 6 du Model TBI chinois, IIIe version.
[1189] Pour information, officiellement la devise chinoise est appelée Renminbi. Le yuan n'est que l'unité de compte, ce qui signifie que la devise est soit en 1 yuans, 2 yuans, 5 yuans, 10 yuans, 20 yuans, 50 yuans ou 100 yuans. Par ailleurs, un yuan est égal à 10 jiaos, ce qui équivaut à 100 fens.
[1190] Gallagher (N.) et Shaw (W.), *op. cit.,* pp. 45
[1191] Art 6 du TBI Chine-Allemagne

compétentes[1192]. Il est possible que ces dispositions portant sur le libre transfert soient ultérieurement supprimées avec la libération du régime de contrôle des devises étrangères.

603. Recours des investisseurs étrangers contre l'État d'accueil. La dernière caractéristique chinoise du TBI concerne les recours des investisseurs étrangers contre l'État d'accueil. Le modèle actuel contient la clause de *fork in the road*, laissant à la partie demanderesse la capacité de choisir un tribunal local ou l'arbitrage Cirdi afin de résoudre son litige si les parties ayant un différend n'arrivent pas à trouver un accord dans un délai de 6 mois[1193]. Lorsque l'arbitrage Cirdi est choisi, l'État peut demander à l'investisseur de passer par la procédure nationale de révision administrative avant de saisir un tribunal arbitral du Cirdi[1194]. La portée de la clause *fork in the road* a été largement tempérée dans certains TBI chinois récents. C'est notamment le cas du TBI avec l'Allemagne, qui stipule qu'une partie au litige peut dessaisir un tribunal populaire chinois en cours d'instance pour soumettre le différend à l'arbitrage international, conformément à la législation chinoise[1195]. Ce TBI énonce également que la procédure nationale de révision administrative est une condition préalable obligatoire avant de recourir à l'arbitrage Cirdi. La durée maximale de cette procédure nationale est de trois mois[1196].

La possibilité de saisir un tribunal du Cirdi ne se cantonne plus aux litiges portant sur l'indemnisation d'expropriation depuis le 20 juillet 1998, c'est-à-dire à la date de conclusion du TBI avec la Barbade. Ce TBI avec la Barbade, de même que celui de l'Allemagne et d'autres TBI de la troisième génération, a pu éliminer l'exigence de la notification pour les investisseurs et les investissements protégés.

II. Mise en œuvre du mécanisme Cirdi par la Chine

604. Plan. L'évolution des TBI chinois a largement été influencée par l'adhésion de la Chine à la Convention Cirdi. En effet, c'est grâce à cette signature en 1993 que la seconde génération des TBI chinois a vu le jour, modernisant ainsi le système chinois de la protection des investissements étrangers pour le futur. Cependant, malgré cette avancée de la Chine, la

[1192] *Ibid.*, et le point 6 de son Protocole
[1193] Art 8(2) du modele TBI chinois, IIIe version.
[1194] *Ibid.*
[1195] Point 6 du Protocole du TBI Allemagne-Chine.
[1196] *Ibid.*

volonté de la Chine à se soumettre au règlement Cirdi est limitée. Ce manque de volonté est d'abord illustré par son adhésion partielle au Cirdi (A), puis par le faible nombre de litiges investisseur-État impliquant la Chine en tant qu'État d'accueil (B), et enfin par l'absence de disposition législative nationale portant sur l'exécution des sentences Cirdi (C).

A. L'adhésion partielle de la Chine au Cirdi

605. Présentation rapide du Cirdi. Dans la majorité des TBI chinois, le recours à l'arbitrage d'investissement Cirdi est proposé ou imposé. Le Cirdi est une institution internationale autonome établie par la Convention de Washington qui a pour mission de faciliter la conciliation et l'arbitrage des litiges d'investissement international. La Convention de Washington a initialement été rédigée par la Banque Mondiale dans le but supprimer les obstacles majeurs de l'investissement international qui sont causés par l'incertitude quant à la détermination du mode de résolution de litiges investisseur-État.
Le Cirdi n'est pas un tribunal, mais un centre qui fournit un cadre procédural et institutionnel pour les commissions de conciliation et les tribunaux d'arbitrage indépendant qui sont constitués pour résoudre un litige. Les règles procédurales principales sont prévues dans la Convention et les règlements du Cirdi [1197], et dans le Règlement du Mécanisme supplémentaire du Cirdi[1198]. Contrairement aux autres sentences arbitrales, les sentences rendues sous le régime Cirdi n'exigent pas qu'une procédure supplémentaire nationale de reconnaissance pour être exécutoires, car elles sont considérées comme des jugements finaux, et doivent donc être exécutées automatiquement au sein des États signataires[1199].
606. Réserves de la Chine. La Chine a rejoint le CIrdi en 1993. Cependant, malgré sa volonté de respecter les standards internationaux, la Chine a émis certaines réservations importantes à la Convention Cirdi. Ainsi, de *visu*, le mécanisme Cirdi semble être applicable pour la résolution des litiges investisseur-État chinois, mais en pratique, un investisseur étranger qui souhaite mettre en œuvre la responsabilité de l'État par le biais du mécanisme CIrdi pourrait rencontrer de nombreux obstacles tout au long de la procédure.

[1197] Disponible en français sur http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc-fra/main-fra.htm.
[1198] Disponible en anglais sur https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs//AFR_English-final.pdf.
[1199] Article 54 §1 de la Convention Cirdi.

L'article 25¶4 de la Convention Cirdi prévoit la possibilité pour les États signataires d'émettre des réserves[1200]. La Chine a profité de cette disposition pour notifier au Cirdi que « *Conformément à l'article 25¶4 de la Convention, le Gouvernement chinois ne soumettrait au Cirdi que les litiges au sujet de l'indemnité d'expropriation et de nationalisation* », sauf si le TBI en dispose autrement.

Concernant les contrats conclus entre une autorité étatique et un investisseur étranger, l'article 25¶3 de la Convention Cirdi ajoute que « *le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un État contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit État, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire* ». Ainsi, en cas de litige survenant d'un contrat conclut entre l'investisseur étranger et une autorité étatique, l'investisseur aurait besoin d'examiner si le gouvernement central a autorisé l'autorité étatique à participer à la procédure Cirdi. En l'absence d'une telle autorisation, le contrat qui prévoit un arbitrage Cirdi ne sera opposable qu'entre l'autorité étatique et l'investisseur chinois[1201].

B. Cas de litiges investisseur-État impliquant la Chine en tant qu'État d'accueil

607. Présentation. Comme nous l'avons précédemment examiné, la Chine est le second État signataire ayant conclu le plus de TBI dans le monde. Ce nombre est élevé considérant que la Chine a conclu son premier TBI en 1982 avec la Suède, et n'a seulement ratifié la Convention Cirdi qu'en 1993. Malgré cette multiplication considérable de TBI chinois, il n'existe qu'une seule sentence Cirdi impliquant la Chine en tant qu'État d'accueil, même si le nombre de procédures arbitrales intentées par les investisseurs chinois contre les États d'accueil étrangers se multiplie avec le temps.

608. Justifications du manque de procédure arbitrale contre la Chine. L'absence de procédure arbitrale contre la Chine s'explique de plusieurs façons. D'abord, les investisseurs

[1200] Article 25¶4 de la Convention Cirdi : « *Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire général transmet immédiatement la notification à tous les Etats contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'aliné (1)* »

[1201] Huth (M.-A.) et Zeng (J.), « China and ICSID Arbitration, Can the ISCID arbiration regime serve as a suitable tool for dispute resolution in investment contracts with Chinese governmental authorities ? », *GJCL,* vol. 18, n°3, 2011, p. 189.

étrangers qui ont investi en Chine ne souhaitent pas intenter d'action contre leur État d'accueil dans le but de ne pas compromettre leurs opportunités commerciales ultérieures, et d'éviter de se retrouver dans les roues complexes du système judiciaire chinois. En effet, toute procédure contentieuse contre la Chine ne doit intervenir qu'en dernier recours[1202]. Deuxièmement, la Chine est bien équipée pour se défendre contre les investisseurs étrangers, notamment avec l'établissement de procédures judiciaires longues et coûteuses [1203]. Troisièmement, sous la première génération de TBI chinois, les investisseurs étrangers ne pouvaient uniquement prétendre à une indemnité pour le dommage subi et n'étaient pas autorisés contester les expropriations nationales[1204]. Par conséquent, les actions intentées par les investisseurs étrangers à l'encontre de la Chine en tant que l'État d'accueil est souvent rejeté de façon *ab initio* pour manque de fondement juridique et de compétence de la juridiction de règlement de différent investisseur-État. De surcroît, l'indemnité était rarement octroyée en raison de la formulation restrictive des TBI chinois. Enfin, la quatrième explication est liée au fait que les investisseurs étrangers qui se considèrent lésés par le pouvoir public chinois retirent souvent plus d'avantages lorsqu'ils choisissent de procéder à des négociations ou à une conciliation avec la Chine. En effet, la Chine octroie plus facilement un traitement supra-national aux investisseurs étrangers lorsqu'une procédure amiable est entamée pour résoudre un différend relatif à une décision d'expropriation[1205]. Certes, la Chine s'est engagée à reconnaître et à exécuter les sentences arbitrages issues des États signataires de la Convention de New York [1206] et à soumettre les arbitrages investisseurs-État au Cirdi avec la signature de la Convention Cirdi[1207], mais il est primordial pour la Chine de protéger son image et d'éviter toute procédure contentieuse en offrant des

[1202] Voir Leopoldo Rubinacci, "EU-China Investment Relationship, Update on State of Play", *DC Trade Civil Society Dialogue*, 7 mars 2012, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclibdocs/2012/march/tradoc_149185.pdf, consulté le 12 septembre 2016.
1203 Trakman (L. E.), "China and Foreign Direct Investment: Looking Ahead", *in* Liu (Q.) et Shan (W.) (dir.), *China and International Commercial Dispute Resolution,* Koninklijke Brill NV, 2016, p. 136.
[1204] Smith (G.), "Chinese Bilateral Investment Treaties Restrictions on International Arbitration", *CIArb Journal*, 2010, vol 76, n°1, p. 58.
[1205] Voir Shan (W.), Gallagher (N.) et Zhang (S.), « National Treatment for Foreign Investment in China : A CHanging Landcape », *ICSID Rev*, vol. 27, n°120, 2012; Trakman (L. E.), "Enter the Dragon IV: China's Prolifering Investment Treaty Program", *UNSW Center for Law,* Markets and Regulation, disponibel sur http://www.clmr.unsw.edu.au/article/deterrence/public-v-private-enforcement/enter-dragon-iv-chinas-proliferating-investment-treaty-program. Consulté le 7 septembre 2015.
[1206] Xia (X.), "Implementation of the New York Convention in China", *Int'l Com. Arb.*, vol. 1, 2011, p. 20.
[1207] Cependant, voir. Rooney (K. M.), "ISCID and BIT Arbitrations and China", *J. Int'l Arb.*, vol. 24, 2007, p. 704. Selon Mme. Rooney, la convention Cirdi n'est mentionnée que dans les TBI chinois des années après son adhésion.

avantages et bénéfices aux investisseurs étrangers qui se sentent lésés par les mesures étatiques[1208].

Il est cependant difficile de juger laquelle des justifications ci-dessus explique le plus le manque d'expérience de la Chine dans les litiges investisseurs-État. Les accords de négociations et de conciliations étant confidentiel, il est difficile de savoir si la réussite des procédures amiables a effectivement empêché les investisseurs étrangers d'intenter de saisir le Cirdi contre l'État chinois. De plus, les actions intentées par les investisseurs étrangers devant les tribunaux étatiques chinois ne sont souvent pas documentées. Et si ces affaires de droit public sont documentées, elles sont documentées de façon laconique, contrairement au contentieux civil[1209]. Enfin, les tribunaux chinois doivent rejeter les actions intentées contre l'État chinois si ce dernier soulève son immunité de juridiction.

Contrairement à l'arbitrage commercial international, il est difficile d'assurer l'indépendance et l'impartialité des arbitres dans un différend investisseur-État chinois. D'abord, ces litiges se concentrent sur les actes de l'État d'accueil et non pas sur les relations commerciales de droit privé. Ensuite, en raison du caractère confidentiel de la procédure et que la publication de la sentence est conditionnée à l'obtention du consentement des parties au litige, il existe un besoin imminent d'éclaircir la manière dont une procédure arbitrale d'investissement doit être conduit.

Il n'existe actuellement qu'une sentence arbitrage Cirdi opposant un investisseur étranger à l'État chinois qui a été rendue publique, et seules trois procédures arbitrales Cirdi ont été ouvertes contre la Chine : *Ekran Berhad c. la Chine*[1210], *Ansung Housing Co., Ltd. c. la Chine*[1211] et *Hela Schwarz c. la Chine*[1212]. Cependant, malgré ce nombre faible de procédure arbitrage Cirdi intentée contre la Chine, nous pouvons noter un changement graduel d'attitude de l'État chinois vis-à-vis des recours investisseurs-État. Allant d'une attitude complètement fermée et hostile vers une attitude de plus en plus ouverte.

[1208] Nottage (L.) et Weeramantry (R.), "Investment Arbitration in Asia: Five Perspectives on Law and Practice", *in* Bath (V.) et Nottage (L.) (dir.), *Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia*, Routledge, 2011, p. 25.

[1209] Trakman (L. E.), "China and Foreign Direct Investment, *op. cit.*, p. 137.

[1210] *Ekran Berhad c. République populaire de Chine*, Affaire CIRDI nº ARB/11/15. Tiré de https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/11/15.

[1211] *Ansung Housing Co., Ltd. c. République populaire de Chine*, Affaire CIRDI nº ARB/14/25. Tiré de https://www.italaw.com/cases/5391.

[1212] *Hela Schwarz GmbH c. République populaire de Chine*, Affaire CIRDI nº ARB/17/19. Tiré de https://www.italaw.com/cases/5973.

609. *Ekran Berhad c. la Chine*. Dans ce litige enregistre par le Secrétaire général du Cirdi le 24 mai 2011, une société de construction malaisienne a intenté une action contre l'État chinois après que le gouvernement local a révoqué une licence de construire sur un terrain de 90 000 hectares dans la province chinoise de Hainan[1213]. Le demandeur malaisien a par la suite retiré sa requête, et la procédure a été suspendue le 22 juillet 2011[1214]. Si la procédure arbitrale avait donné lieu à une sentence, le tribunal arbitral aurait à examiner l'application d'une disposition du TBI Chine-Malaysie qui énonce que le Tribunal doit respecter « la procédure judiciaire nationale » lorsqu'une décision d'expropriation directe ou indirecte est adoptée[1215]. Cette disposition aurait limité le champ d'application de l'article 7 (4) du TBI Chine-Malaysie relatif à la nature et aux limitations des demandes d'indemnité.

Outre la force persuasive et l'agressivité de la Chine face à un recours intenté par un investisseur étranger, et de la possibilité de négocier avec la Chine en cas de naissance d'un litige investisseur-État,[1216] il est difficile de tirer une conclusion quelconque sur l'affaire *Ekran Berhad c. la Chine*. Le succès d'un recours initié contre la Chine dépend non seulement de la richesse de l'investisseur étranger, mais égalmenet des termes du TBI chinois litigieux. Cette attitude agressive de la Chine démontre non seulement sa volonté ultime de défendre ses propres intérêts contre toute invasion occidentale, mais constitue également une façon de dissuader certains investisseurs étrangers qui ne comptent pas respecter son régime juridique d'investir sur son territoire[1217].

610. Ansung Housing Co., Ltd. c. la Chine. Dans cette affaire, une société coréenne qui a effectué un investissement pour le développement et l'exploitation d'un club de golf dans le district de Yancheng-Shi a entamé une procédure arbitrale Cirdi contre la Chine en vertu du TBI Chine-Corée. Après la première phase de construction du terrain de golf, la société a demandé au Comité du Parti communiste de la Zone industrielle du port de Sheyang de fournir le terrain pour la seconde phase de la construction, mais la réponse est intervenue avec un retard substantiel, entraînant ainsi la vente à perte du terrain de golf en décembre 2011, et une perte importante de gain économique.

[1213] Selon le gouvernement local, cette révocation est motivée par l'échec de la société malaisienne de developpement le terrain conformément à la législation locale en vigueur.

[1214] *Ekran Berhad c. République populaire de Chine*, Affaire CIRDI nº ARB/11/15, la procédure a été suspendue conformément à l'accord des parties conclues le 22 juillet 2011. Voir https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/11/15.

[1215] Article 4(ii) du modèle TBI chinois.

[1216] Chi (M.), « From Ownerchip-Orientation to Governance-Orientation », *in* Bungenberg (M.) et Hobe (S.) (dir.), *Permanent Sovereignty over Natural Resources,* Springer, 2015, pp. 155-156.

[1217] Trakman (L. E.), "China and Foreign Direct Investment, *op. cit.*, p. 146.

Le tribunal arbitral a rendu une sentence le 9 mars 2017, rejetant la requête de la société coréenne sur la base de l'article 41 (5) du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du Cirdi[1218]. En l'espèce, la Chine a fait valoir que la demande de la société coréenne a été formée hors délai de prescription de trois ans, prévu par l'article 9 (7) du TBI Chine-Corée[1219], car la société cette dernière a eu la connaissance du dommage en octobre 2011, voire en juillet 2011, peu importe qu'elle n'ait la connaissance du montant exact des dommages qu'ultérieurement à cette date. Ainsi, le délai de prescription a commencé à courir à partir d'octobre 2011.

Pour empêcher la prescription, la société coréenne a invoqué l'article 3 du TBI relatif à la Clause de la Nation la plus favorisée, faisant valoir que les délais de prescription prévus par les autres TBI chinois étaient plus longs, le délai de trois ans de l'article 9 (7) du TBI Chine-Coréene n'était pas applicable en l'espèce. Le tribunal a rejeté la demande de la société Ansung, et il a conclu que la clause de la Nation la plus favorisée ne visait pas le consentement de l'Etat à l'arbitrage dans les litiges impliquant les investisseurs ni au délai de prescription relatif à l'arbitrage dans les litiges investisseur-État[1220].

Malgré le rejet rapide du recours, de deux points méritent d'être soulignés. D'abord, sur le plan général, la clause de la nation la plus favorisée ne permet pas à l'investisseur étranger d'échapper au délai de prescription prévu par le TBI applicable, sauf si le TBI en dispose autrement. Puis, plus spécifiquement à la Chine, la publication de la sentence démontre pour la première fois la volonté pleine et complète de la Chine de s'engager dans une procédure arbitrale.

611. ***Hela Schwarz c. la Chine.*** La dernière affaire Cirdi en date entamée contre la Chine est initiée par un investisseur allemand. La demande a été enregistrée le 21 juin 2017, et le tribunal arbitral est constitué le 8 janvier 2018. Malheureusement, l'avis de l'arbitrage n'est pas rendu public, de sorte que très peu d'information est disponible sur cette affaire.

[1218] Selon l'article 41(5) du Règlement, "Sauf si les parties ont convenu d'une autre procédure accélérée pour soumettre des déclinatoires et moyens préliminaires, une partie peut, dans un délai maximum de 30 jours après la constitution du Tribunal, et, en tout état de cause, avant la première session du Tribunal, soulever un déclinatoire ou invoquer un moyen, relatif à une demande manifestement dénuée de fondement juridique. La partie indique aussi précisément que possible les bases juridiques du déclinatoire ou du moyen. Le Tribunal, après avoir donné aux parties la possibilité de présenter leurs observations, notifie aux parties, lors de la première session ou immédiatement après, sa décision sur le déclinatoire ou le moyen. La décision du Tribunal ne porte en aucune manière atteinte au droit d'une partie de soulever un déclinatoire conformément à l'alinéa (1) et d'invoquer, au cours de l'instance, un moyen relatif à une demande dénuée de fondement juridique. »

[1219] Selon l'article 9(7) du TBI, une action ne peut pas être intentée contre l'État d'accueil si un délai de 3 ans à compter de la date de la survenance du dommage, c'est-à-dire la date à laquelle l'investisseur prend connaissance des dommages subis.

[1220]

C. Exécution des sentences Cirdi en selon le droit chinois

612.Présentation. Depuis l'avènement de la Chine moderne, e gouvernement chinois a adopté une attitude de méfiance vis-à-vis des États étrangers et des tribunaux internationaux. En effet, le Prof. Tao a notamment décrit les tribunaux d'arbitrage comme étant « sous la manipulation […] des pouvoirs capitalistes »[1221]. La Chine contemporaine a certainement reconnu le mécanisme d'arbitrage d'investissement dans ses TBI, mais cette reconnaissance est conditionné à une limitation ses obligations internationales, et à un rejet général du mécanisme international de résolution des conflits par le biais de l'« *opting out* », sauf si l'acceptation dudit mécanisme de résolution des conflits est obligatoire pour la signature du traité[1222].

Cette attitude méfiante est cependant contradictoire avec son adhésion à la Convention Cirdi et ses nombreux TBI qui rendent obligatoire le recours à l'arbitrage Cirdi en cas de survenance de litiges investisseur-État. Ce paradoxe s'explique notamment par le fait que la Chine avait initialement présumé que très peu de procédures arbitrales Cirdi allaient être entamées contre elle. En effet, en plus de vingt ans depuis son adhésion à la Convention Cirdi, la Chine n'a eu que trois procédures d'arbitrage qui ont été intentées contre elle, et seule l'une d'entre elles a donné lieu à une sentence. De surcroît, la Chine n'a adopté aucune législation afin de remplir les obligations issues de la Convention Cirdi portant sur la création d'un mécanisme de droit national permettant de reconnaître et d'exécuter les sentences Cirdi[1223].

Selon l'article 69 de la Convention Cirdi « *Tout État contractant doit prendre les mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires en vue de donner effet sur son territoire aux dispositions de la présente Convention* ». Ces mesures législatives doivent assurer qu'une sentence Cirdi soit « *obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel*

[1221] Tao (Y.), « Recognize the True Face of Bourgeois International Law from a Few Basic Concepts », *in* Cohen (J.) et Chiu (H.) (dir.), *People's China and International Law: A documentary Study*, Princeton, 1974, pp. 70-71.
[1222] *Ibid.*, p. 162.
[1223] Ku (J. G.), "Enforcement of ISCID Awards in the People's Republic of China", *Contep. Asia. Arb. J.*, vol. 6, n°1, 2013, p. 33.

ou autre recours »[1224]. De surcroît, la Convention exige également que « *chaque État contractant reconnaisse toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat* »[1225]. Ainsi, en signant la Convention Cirdi, la Chine a l'obligation d'adopter des mesures législatives dans le but d'assurer que les sentences Cirdi soient valablement exécutées sur le territoire chinois.

1) Position imprécise du droit chinois portant sur l'exécution des sentences Cirdi

613. Présentation des dispositions législatives nationales. En Chine, il n'existe aucune mesure législative nationale qui prévoit la reconnaissance et l'exécution des sentences Cirdi. Cette carence législative n'a cependant pas encore soulevé de difficulté en raison de l'absence de sentence Cirdi rendue contre elle. Cependant, si une sentence Cirdi rendue contre le gouvernement est apportée devant le juge chinois, il est possible que l'investisseur étranger invoque les articles 269 et 238 de la Loi sur la procédure civile[12261227] pour faire reconnaître et exécuter la sentence[1228]. En principe, ces deux articles permettent aux investisseurs d'invoquer les dispositions de la Convention Cirdi, car l'article 269 de la Loi sur la procédure civile oblige le tribunal intermédiaire de mettre en œuvre l'article 45 de la Convention Cirdi et d'agir comme si la sentence Cirdi était un jugement national définitif, et l'article 238 de la Loi sur la procédure civile assure qu'aucune loi nationale ne peut écarter les obligations issues de la Convention Cirdi.

614. Détermination difficile de la place des traités internationaux au sein du droit chinois. Cette interprétation de la Loi sur la procédure civile exige cependant la présomption selon laquelle le droit chinois reconnaît la supériorité des traités internationaux sur la

[1224] Article 53 de la Convention Cirdi.
[1225] Article 54 de la Convention Cirdi.
[1226] L'article 269 de la Loi sur la procédure civile prévoit que "*si une sentence est rendue par une institution internationale d'arbitrage requiert la reconnaissance et l'exécution par un tribunal populaire de la République populaire de Chine, le demandeur concerné doit saisir directement le tribunal intermédiaire populaire du lieu du domicile de la partie qui doit exécuter la sentence, ou du lieu où se situe sa patrimoine. Le tribunal populaire doit régler l'affaire conformément aux dispositions des conventions internationales conclues par la Chine et au principe de réciprocité* ».
[1227] L'article 238 de la Loi sur la procédure civile énonce que « *si une convention international conclue par la Chine contient des dispositions contraire au droit national, les dispositions de la convention internationa doivent être appliqué, sauf si la Chine a fait une réserve sur lesdites dispositions* ».
[1228] Ku (J. G.), "Enforcement of ISCID Awards in the People's Republic of China", *op. cit.,* p. 38.

législation nationale, et que les dispositions conventionnelles sont d'application directe au sein du système juridique nationale. Cependant, il est difficile de déterminer le statut des traités internationaux au sein du système juridique chinois de façon simple car, la Constitution chinoise est silencieuse sur ce point. Nombreux sont les lois et règlements qui offrent des éclaircissements, et considèrent qu'en cas de conflit entre un traité international et une loi nationale, les dispositions du traité doivent prévaloir. Par exemple, les Principes généraux de droit civil de la République populaire de Chine énoncent que « *si un traité international est conclu par la République populaire de Chine, les dispositions du traité international seront appliquées, sauf si les dispositions font l'objet d'une réserve de la part de la République populaire de Chine* »[1229]. D'autres dispositions similaires peuvent être retrouvées dans plus de soixante lois et règlements[1230], dans les matières de droit civil, de la procédure civile, du droit de la propriété intellectuelle et artistique, etc.[1231] Le règlement concernant quelques questions sur le traitement des litiges présentant un élément d'extranéité qui est promulgué conjointement en août 1987 par le Ministère des Affaires étrangères, la Cour populaire suprême, le procureur de la Cour populaire suprême, le ministère de la Sécurité publique, le ministère de la Sécurité nationale et le ministère de la Justice, énonce que « *lorsqu'une législation nationale ou des règlements nationaux sont en conflit avec des obligations contractées par la Chine par le biais un traité international, les dispositions du traité internationales doivent être appliquées. Les dispositions de la législation nationale ne doivent pas être invoquées pour justifier le refus d'exécuter lesdites obligations issues du traité international* ».

Ces dispositions démontrent ainsi la reconnaissance du statut supra-législatif des traités internationaux en Chine. Cependant, la plupart des juristes chinois, y compris le Juge Wang Tieya, pensent que ces dispositions ne constituent que l'expression de la volonté de la Chine d'accepter la supériorité des traités internationaux au sein de sa hiérarchie des normes[1232], mais démontrent au contraire que la Chine a adopté un système qui nécessite une incorporation des traités et convention au sein de l'ordre juridique nationale[1233].

[1229] Article 142 des Principes généraux du droit civil
[1230] Gallagher (N.) et Shan (W.), *Chinese Investment treaties*, 47
[1231] Chen (H.), Zhou (W.) et Jiang (H.), "The relationship between International Tresaties and Municipal Law and the Practices f China", *Tribune of Political Science and Law*, n°2, 2000, p. 122.
[1232] Gallagher (N.) et Shan (W.), *Chinese Investment treaties*, *op. cit.,* p. 47
[1233] Wang (T.), "The Status of Treaties in the Chinese Legal System", *J. Chinese & Comp. L.*, vol. 1, 2005, p. 4.

615. Approche organique de la détermination de la valeur des traités. Certains auteurs évaluent la valeur d'un traité international selon le niveau hiérarchique de l'autorité ayant ratifié le texte[1234]. Ainsi, un traité ratifié par le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire serait considéré comme une loi ordinaire (法律) au sein de la hiérarchie des normes. Celui qui est ratifié par le Conseil des affaires de l'État aurait la valeur d'un règlement administratif (行政法規), et celui qui ne nécessite aucune ratification aurait le statut de règlement départemental (部門規章)[12351236]. Cette approche organique des traités internationaux semble. Cependant, être problématique lors de sa mise en œuvre. En effet, certaines lois portant sur les investissements étrangers directs, tel que la Loi sur les EJV, sont en vérité promulguées par L'Assemblée nationale populaire, ce qui signifie qu'elles doivent prévaloir sur les traités d'investissement, c'est-à-dire les TBI et la Convention Cirdi, en cas de conflit car, les traités bilatéraux et les conventions internationales sont ratifiés par le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire ou, dans la majorité des cas, par le Conseil des affaires de l'État, et, par conséquent, sont de valeur inférieure[1237]. Cette situation ne semble donc pas être conforme à l'approche de la Chine vis-à-vis les traités internationaux décrits ci-dessus. En l'absence de clarification constitutionnelle, il est difficile de déterminer avec certitude si les traités internationaux sont d'application directe ou s'ils prévalent sur les lois nationales.

616. Position contraire de la Cour populaire suprême. Ce flou juridique concernant le statut des traités et conventions a été éclairci par un texte récent adopté par la Cour populaire suprême — les Dispositions sur les problèmes issus de litiges administratifs du commerce international du 29 août 2002. Ce texte prévoit que lorsqu'un litige administratif implique le commerce international, les tribunaux nationaux ne doivent appliquer que les lois nationales et les règlements locaux[1238]. Cette position s'applique également aux litiges

[1234] Zhu (X.) et Huang (L.)(dir.), *The Relations between International Treaties and Domestic Law*, World Knowledge Press, 2000.

[1235] Conformément à la loi sur la législation, la hiérarchie chinoise des normes est ainsi composée, du haut vers le bas : la Constitution, les Lois fondamentales (les deux sont adoptées par L'Assemblée national populaire), les Lois ordinaires (adoptées par le comité permanent de l'Assemblée national populaire), les règlements administratifs (par le Conseil des affaires de l'Etat), les règlements départementaux (par les départements du Conseil des affaires de l'Etat). Voir les articles 7, 56 et 71 de la Loi sur la législation du 15 mars 2000.

[1236] Selon la loi sur la procédure d'adoption des traités, seuls les traités internationaux d'importance supérieure sont ratifiés par le comité permanent de l'Assemblée national populaire, les autres traités internationaux sont soit ratifiés par le Conseil des affaires de l'Etat, soit ne requièrent aucune procédure de ratification. Voir les articles 7 s. de la Loi sur l'adoption des traités de la République populaire de Chine du 28 décembre 1990.

[1237] Gallagher (N.) et Shan (W.), *Chinese Investment treaties, op. cit.*, p. 48.

[1238] Articles 7 et 8 des Dispositions sur certaines problèmes de jugement des litiges administratifs concernant le commerce international, adoptées par la Cour populaire suprême, le 29 août 2002.

d'investissements internationaux. Il est ainsi clair que, sur le plan judiciaire, les traités portant sur le commerce international et les investissements signés par la Chine doivent être transformés en lois nationales pour être applicables et appliqués. Néanmoins, le texte exige également que les lois nationales et les règlements locaux appliquant les traités de commerce international et d'investissements soient interprétés à la lumière des traités internationaux[1239]. Cette position confirme la pratique des tribunaux chinois, qui consistent à appliquer les dispositions des traités uniquement lorsqu'une disposition législative nationale prévoit une telle application[1240].

Concernant les sentences arbitrales, la Cour populaire suprême a apporté une réponse concernant les sentences qui bénéficie de la protection de la Convention de New York. Comme la Convention de Cirdi, les dispositions sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales de la Convention de New York pourraient en principe bénéficier de l'application d'une application directe dans l'ordre national grâce aux articles 269 et 238 de la Loi sur la procédure civile. Cependant, tout comme la Convention de Cirdi, ces dispositions de la Convention de New York n'ont pas été incorporées dans le système juridique chinois jusqu'à la publication d'une notice de la Cour populaire suprême, donnant des indications aux tribunaux inférieurs sur l'exécution des sentences arbitrales sous la convention de New York.

L'article 32 de la Loi sur l'Organisation des tribunaux populaire énonce que « *la Cour populaire suprême doit publier des interprétations judiciaires sur des sujets spécifiques relatifs à la procédure de jugement* ». En 1987, un an après la signature de la Convention de New York par le gouvernement chinois, la Cour suprême a publié une « Circulaire concernant l'application de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères »[1241]. En raison de la carence de la loi chinoise de l'époque sur l'obligation de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères issue de la Convention de New York, cette interprétation judiciaire est l'unique document qui donne des indications aux juges judiciaires sur les questions relatives aux sentences arbitrales étrangères, notamment sur les questions à poser avant de rendre la sentence exécutoire dans

[1239] Article 9 des Dispositions sur certaines problèmes de jugement des litiges administratifs concernant le commerce international, adoptées par la Cour populaire suprême, le 29 août 2002.

[1240] 王勇, *条约在中国适用之基本理论问题研究*, 北京大学出版社, juin 2007, p. 171-181.

[1241] Notice de la Cour populaire suprême sur l'application de la Convention de New York (最高人民法院关于执行我国加入的《承认及执行外国仲裁裁决公约》的通知), accessible en anglais sur http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2413&l=en, consulté le 7 janvier 2017.

l'ordre national[1242]. Cette carence législative a ensuite été remédié en 1991, avec l'insertion de dispositions relatives à la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères dans la Loi de la procédure civile[1243].

Cette approche pro-exécution de la Cour suprême sur les sentences étrangères peut présager le sort des sentences Cirdi. Cependant, cette intervention de la Cour suprême démontre également qu'avant qu'une interprétation judiciaire soit adoptée, les tribunaux populaires ne peuvent ni reconnaître, ni refuser de reconnaître une sentence Cirdi[1244].

2) Carence du droit chinois portant sur certaines questions relatives à l'exécution des sentences Cirdi

617. Exception d'ordre public. Si on considère que l'interprétation judiciaire de la Cour populaire suprême du 2002 s'applique non seulement aux sentences étrangères, mais également aux sentences Cirdi, elle éclairerait certainement le régime juridique de l'exécution des sentences Cirdi par les tribunaux populaires. Cependant, elle créerait également d'autres difficultés dans l'ordre national en raison du conflit entre le droit national et les dispositions de la Convention de Cirdi.

En effet, selon l'article 217 de la Loi sur la procédure civile, le gouvernement pourrait soulever l'exception de « l'intérêt public ou social » et refuser de reconnaître une sentence si le tribunal considère que son exécution porterait atteinte à l'intérêt public ou social de l'État[1245]. La Convention de New York prévoit une telle exception à son article V, ce qui n'est pas le cas de la Convention Cirdi. Ainsi, le refus d'un tribunal populaire de reconnaître une sentence Cirdi conformément à l'article 217 de la Loi sur la procédure civile serait contraire à l'interdiction du mécanisme d'appel de l'article 53, et à l'exigence du statut de « jugement final » des sentences Cirdi de l'article 54 de la Convention de Cirdi[1246].

[1242] ¶5 du Circulaire, voir Schulberg (B. R.), "China's Accession to the New York Convention: An Analysis of a New Regime for the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards", *J. Chinese L.*, vol. 3, 1989, p. 135.
[1243] Ku (J. G.), "Enforcement of ISCID Awards in the People's Republic of China", *op. cit.,* p. 41.
[1244] *Ibid.,* p. 42.
[1245] Selon l'article 217 de la Loi sur la procédure civile, "*le tribunal populaire doit refuser d'apposer la formule exécutoire sur une sentence arbitrale s'il considère que l'exécution de la sentence s'oppose à l'intérêt public* ».
[1246] La Convention Cirdi a écarté expressément l'exception d'ordre public, pour mettre en place un mécanisme de vérification de l'authenticité des sentences Cirdi. UNCTAD, *Dispute Settlement - International Centre for Settlement of Investment Dispute 2.9 Binding Force and Enforcement*, 2003, p. 16, disponible sur http://unctad.org/fr/Docs/edmmisc232add8_en.pdf, consulté le 7 juin 2017.

618. Exception d'immunité étatique d'exécution. L'article 55 de la Convention Cirdi exclut expressément l'application les immunités étatiques, et la Chine ne dispose pas de disposition législative prévoyant l'application des immunités étatiques devant les tribunaux populaires. En effet, dans une Interprétation législative du comité permanent de l'Assemblée nationale populaire, intitulée Explication du paragraphe I de l'article 13 et de l'article 19 de la Loi basique de la Région administrative spéciale de Hong Kong par le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire[1247], le comité permanent a énoncé que la question de l'immunité d'exécution doit être déterminée par le gouvernement central, sans pour autant apporter plus de précision concernant l'application de l'immunité étatique. Ainsi, cette carence législative sur cette question créer une incertitude quant à la procédure d'exécution d'une sentence Cirdi lorsque la Chine est l'État dont la responsabilité est mise en œuvre.
Ces deux questions portant sur l'immunité étatique d'exécution, sur l'exception d'ordre public et sur la procédure d'examen des sentences arbitrales constituent les difficultés essentielles qui surviendraient lorsque l'exécution d'une sentence Cirdi mettant en œuvre la responsabilité de la Chine sera demandée par un investisseur dans le futur.

Quatrième conclusion : un droit national à améliorer pour se conformer aux obligations conventionnelles. La Chine a démontré son enthousiasme et son intérêt pour le système de règlement des différends fondé sur les TBI et le Cirdi, mais il n'existe pas encore un système juridique national clair et qui soit en concordance avec les obligations conventionnelles issues de la Convention de Cirdi. Cette situation doit être rapidement remédiée par le législateur chinois s'il souhaite démontrer sa volonté de s'engager vis-à-vis du Cirdi, mais surtout en raison de l'accroissement du nombre de litiges investisseur-État qui impliqueraient la Chine en tant qu'État d'accueil.

[1247] Interprétation du paragraphe I de l'article 13 et de l'article 19 de la Loi Basique de la Région administrative spéciale de Hong Kong par le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire du 27 août 2011 (全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第十三条第一款和第十九条的解释), disponible en chinois sur http://www.npc.gov.cn/huiyi/cwh/1122/2011-08/27/content_1670102.htm, consulté le 8 décembre 2017.

POSTFACE.

APERÇU DU PROJET DE LOI DU 19 JANVIER 2015

619. Présentation. Avec la mondialisation de l'économie et transformations politiques et sociales de la Chine, le développement des investissements direct étrangers s'est réalisé avec une vitesse sans précédent. Chaque phase du développement a donné lieu à une multiplication de privatisation d'entreprises d'État et à l'élargissement des secteurs d'investissements étrangers qui penchent de plus en plus vers le secteur tertiaire[1248]. Parallèlement, le régime juridique des investissements directs étrangers a connu un nombre élevé de réformes. Ces réformes ont progressivement mis fin au « traitement supranational » octroyé antérieurement par le gouvernement aux investisseurs étrangers souhaitant investir en Chine dans le but de pouvoir attirer les capitaux étrangers en proposant aux investisseurs étrangers des avantages fiscaux. Ainsi, face à un marché de plus en plus « normalisé », le régime juridique des investissements directs étrangers s'est révélé fortement insuffisant pour satisfaire les besoins de la communauté des investissements directs étrangers en Chine. En effet, le droit positif des investissements directs étrangers contient des vices originels qui sont nés de la « procédure législative à double voie », qui est non seulement la source de nombreuses incohérences entre différents textes juridiques, mais également contraires au principe de l'OMC du traitement national. Ainsi, il est primordial de revoir non seulement le contenu du régime des investissements directs étrangers, mais également sa structure dans

[1248] 鄭愛華, 錢倩, "論外商投資的完善", *Journal of Hubei Adult Education Institute*, vol. 21 n°2, mars 2015, pp. 50-52.

le but de satisfaire aux demandes des investisseurs étrangers et de promouvoir le développement du marché économique chinois.

En raison de la réforme nationale portant sur les institutions économiques afin d'aller vers une politique d'économie du marché, ces lois sur les entreprises à participation étrangère contenant des caractéristiques de la politique de l'économie planifiée doivent être supprimées. Par ailleurs, les standards contemporains des entreprises doivent être introduits dans le système afin de les rendre cohérents avec les principes du droit des sociétés.

En 1996, le Premier ministre Jiang Deming a annoncé durant la conférence du Travail de l'économie centrale que les lois principales du droit des investissements étrangers en Chine, qui ont été adoptées pendant une réforme politique de l'ouverture, devraient être révisées en toute urgence, et être améliorées afin de se conformer à la situation nouvelle. Le rapport de la réunion du 15e Congrès national en 1997 a également mis en avant cette exigence.

Vu de la sphère internationale, la modification du système actuel constitue également une nécessité primordiale. Avec la libéralisation et l'intégration du commerce et de l'investissement international, et avec l'adhésion de la Chine à l'OMC, la législation portant sur les investissement doit se conformer aux règles et coutumes du droit international, surtout en ce qui concerne le principe de base du traitement national. Les lois sur les entreprises à participation étrangère sont très en retard sur ce point.

De plus, des problèmes pratiques sont survenus, et reflètent l'incohérence, la contradiction, voire des carences des lois actuelles. Par exemple, certaines dispositions concernant la contribution des investisseurs ont besoin d'être amendées, de nouvelles formes d'investissement ont besoin d'être intégrées, et certains traitements favorables aux entreprises à participation étrangère nécessitent d'être ajustés. Ces difficultés pratiques ont besoin d'être résolues par la loi. De plus, la flexibilité des lois actuelles est tellement limitée qu'elles ne peuvent pas, de façon raisonnable, couvrir la situation nouvelle et les tendances contemporaines. Ainsi, le rôle des lois par rapport au développement rapide de la pratique semble être négligeable.

L'unification et l'harmonisation des lois sur les entreprises à participation étrangère avec le droit des sociétés doivent également être envisagées dans le projet de la réforme. Malgré le fait que l'entreprise à participation étrangère soit une forme spéciale de société, différente des autres sociétés nationales, l'entreprise à participation étrangère doit adopter certains mécanismes d'organisation et d'opération des entreprises nationales de droit commun.

Une réforme du droit des entreprises à participation étrangère est donc nécessaire et urgente.

620. Publication du projet de loi. Le régime des investissements étrangers direct nécessite indéniablement d'être réformé. En effet, le droit des sociétés n'est apparu en Chine qu'en 1993. Dans ces condition, comme les investissements étrangers sont arrivés dans les années 1980, le Gouvernement a dû promulguer une série de lois spécifiques aux investissements étrangers de façon *ad hoc*, sans qu'un texte de portée générale puisse servir de base pour leur élaboration. Ces dispositions législatives et réglementaires ont donné naissance aux trois formes d'entreprises à participation étrangère : WFOE, CJV et EJC, qui sont chacune régies par leur propre corpus juridique. Ce système complexe, régi par une multitude de textes législatifs, cause de nombreux problèmes sur le plan pratique et crée des situations d'incongruité entre le traitement des entreprises nationales et celui des entreprises à participation étrangères. Face à ce besoin de modernisation législative, le 19 janvier 2015, le Ministère du Commerce a publié un Projet de loi portant sur les investissements étrangers, qui avait pour objectif de résoudre toutes les difficultés actuelles portant sur le droit des investissements directs étrangers. Le texte contient 170 articles et est divisé en 11 chapitres et a pour mission principale de remplacer la pléthore de réglementations en matière d'investissements étrangers par un seul texte juridique clair qui puisse régir toutes les entreprises à participation étrangère, peu importe la forme sociale choisie.

Ce projet, encouragé par la totalité des acteurs des investissements directs étrangers, n'a cependant pas pu échapper aux critiques de la part des spécialistes de la matière. Il est prévu que ces critiques soient prises en compte par le législateur pour la version finale de la Loi des investissements étrangers. Enfin, il est à noter que la date d'adoption est à ce jour indéterminée. L'avenir du projet reste incertain.

I. PHASES DE DEVELOPPEMENT DU DROIT DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ETRANGERS

621. Présentation. Dans les années récentes, avec la mondialisation et le développement social et économique de la Chine, les entreprises à participation étrangère chinoises ont connu un succès phénoménl dans le marché chinois. Cette augmentation du nombre d'investissements directs étrangers est notamment dûe à un renforcement du pouvoir de contrôle des associés au sein de leur entreprise et une tertiarisation des secteurs d'investissements. Pallarellement, le droit des investissements directs étranger a connu de

nombreuses réformes : allant de la diminution des restrictions à une suppression progressive de traitements préférenciés, notamment dans le domaine de la fiscalité. Le droit des investissements directs étrangers ne connaît plus l'ère du traitement supranational des entreprises à participation étrangère. Le droit influe sur les investissements étrangers, de même que les investissements influents le droit en raison du lien symbiotique existant entre les deux.

De l'encouragement d'importer des devises étrangers à la distribution intelligente des capitaux étrangers, le gouvernement chinois a choisi de résoudre une problématique spécifique à chaque phase du développement économique. Ces choix sont reflétés dans les textes adoptés par l'Assemblée nationale populaire qui agit conformément aux directives du gouvernement. Malgré le changement constant de programme politique du gouvernement, les réformes du droit des investissements ont suivi une logique particulière qui vise à réduire les restrictions, à élargir les secteurs ouverts à l'investissement étranger et à supprimer le traitement préférencié en matière fiscale[1249].

622. Réduction des restrictions. Dès la mise en œuvre de la politique de réforme et d'ouverture, le gouvernement a adopté l'« Avis du Conseil des affaires de l'État concernant le travail d'augmentation de l'utilisation des investissements étrangers (國務院關於加強利用外資工作的指示) »[1250], dans lequel est énoncé le programme politique de libéralisation du régime des investissements directs étrangers, y compris notamment l'octroi d'avantages fiscaux et l'ouverture de certains secteurs du marché national. Puis, à la suite de l'adhésion de la Chine à l'OMC, dans le but de se conformer aux standards internationaux et d'attirer plus de capitaux étrangers pour satisfaire les besoins du développement économique de la Chine, le gouvernement a adopté quatre mesures principales qui ont supprimé les exigences portant sur le solde des échanges, sur l'utilisation obligatoire des ressources chinoises, sur le quota d'importation, et de l'examen du plan de production. Ces mesures ont eu pour but d'offrir plus de liberté aux investisseurs étrangers et de leur offrir un meilleur accès aux marchés chinois.

623. Élargissement des secteurs d'investissements directs étrangers. En février 2002, le Conseil des affaires de l'État a entrepris une modification en profondeur du Règlement

[1249] 鄒愛華, 錢倩, «論外商投資的完善 (On the perfection of the Foreign Investment Law) », *Journal of Hubei Adult Education Institute*, vol. 21 n° 2, mars 2015, pp. 51.

[1250] Avis du Conseil des affaires de l'Etat concernant le travail d'augmentation de l'utilisation des investissements étarngers (国务院关于加强利用外资工作的指示), adopté le 3 septembre 1983 par le Conseil des affaires de l'Etat, disponible sur http://fgcx.bjcourt.gov.cn:4601/law?fn=chl035s014.txt, consulté le 8 septembre 2017.

d'orientation et du Catalogue d'orientation en diminuant de façon conséquente le champ des catégories d'investissements « limités », tout en élargissant les catégories d'investissement « permis » et « encouragés ». Cette tendance a été suivie par les différentes versions du Catalogue d'orientation dans le but d'attirer efficacement les investissements étrangers, et de mettre en œuvre la politique d'ouverture conformément au calendrier établir par le Parti communiste chinois. Cette tendance s'explique par l'augmentation sans précédent de projets d'investissement directsétranger et par la nécessité de réguler l'utilisation des investissements afin d'assurer un développement stable et équilibré de tous les secteurs de l'économie chinoise.

II. MODIFICATIONS NECESSAIRES DU DROIT POSITIF DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ETRANGERS

624.Présentation. Le droit des investissements s'améliore avec le temps, mais en raison des influences issues des événements liés à la politique nationale, à la société et la culture chinoise et aux tendances internationales, le droit chinois des investissements directs étrangers n'est pas encore en mesure d'offrir un régime juridique clair ni une protection adéquate aux investisseurs étrangers. En effet, les faits devancent constamment le droit. Ainsi, le conflit permanent entre les faits et le droit créé de nombreuses difficultés en pratique.

625. Conflits de lois nationales liés à la procédure législative à double voie. Le droit des investissements directs étrangers a été conçu selon une procédure législative à double voie, laissant ainsi le régime juridique complexe et dépourvu de cohérence en raison de nombreux textes législatifs qui règlent le même problème. Parmi les conflits de lois nationales existants, nous pouvons citer ceux qui surviennent régulièrement entre les Lois sur les entreprises à capitaux étrangers et la Loi des sociétés. Le droit positif des investissements directs étrangers a été conçu sous la politique d'économie planifiée, malgré les nombreuses réformes et tentatives de réécriture, sa caractéristique « planificatrice » subsiste, ce qui est en contradiction avec la Loi des sociétés qui est adoptée en 2004. Une entreprise à capitaux étrangers est, certes, régie par les Lois sur les entreprises à participation étrangère, mais elle doit également se conformer aux dispositions de la Loi des sociétés en l'absence de disposition spéciale. Il est ainsi plus difficile pour les investisseurs étrangers d'appliquer le

droit chinois lorsque les dispositions nationales se contredisent entre elles, diminuant ainsi de façon conséquente l'efficacité du droit chinois.

Actuellement, le droit positif des investissements directs étrangers ne suffit plus pour promouvoir les investissements directs étrangers en raison de la législation à double voie en matière des investissements directs étrangers. En effet, avec l'augmentation du nombre et de la qualité d'investissements directs étrangers, l'efficacité du droit national devient une mission essentielle du gouvernement chinois. Il est donc nécessaire de créer un régime juridique cohérent pour qu'aucun conflit de lois national ne puisse exister afin d'assurer une application simple du droit par les investisseurs étrangers. Parmi les options qui sont offertes au législateur, celle qui unifie le régime des investissements directs étrangers à celui des sociétés de droit commun est la plus souhaitée par les investisseurs étrangers. En effet, tout comme la Loi des sociétés, les Lois sur les entreprises à participation étrangère régissent la vie de l'entreprise, à partir de sa constitution, jusqu'à sa dissolution. Il n'existe aucune différence quant à la nature de ces textes qui pourrait justifier l'existence de deux régimes juridiques distincts.

626. Nécessité d'une Loi unique des investissements directs étrangers. La raison principale d'une telle unification est qu'il existe actuellement de nombreuses dispositions qui se répètent dans la Loi sur l'EJV, la Loi sur la CJV, et celle sur la WFOE, ainsi que dans leurs Règles d'application[1251]. Le contenu des normes citées ci-dessus est proche, voire identique. Par exemple, les règles portant sur l'objet social des trois formes d'investissement sont les mêmes. La forme sociale des trois véhicules d'investissement est celle d'une Société à risque limité. Concernant l'examen et l'inscription des entreprises à participation étrangère, les autorités, leurs autorisations, le délai de la procédure d'inscription, etc., les règles pour les trois formes d'investissements sont identiques. Les dispositions portant sur les contrats de joint-venture, les contrats, les statuts de la société sont les mêmes.

La similarité peut également être vue dans les dispositions portant sur les définitions de l'investissement total et du capital enregistré, la proportion du capital, la forme des contributions ou des conditions coopératives comme une contribution monétaire, contribution en nature, le droit d'utilisation d'un terrain, et le droit de la propriété industrielle. Il existe également une répétition de dispositions concernant la vérification des contributions, le transfert, l'augmentation ou la diminution du capital enregistré,

[1251] 孫聞欣, « 我國外商投資法立法體系的重構與革新 », *Commercial Research Editorial,* vol. 240, 02/2002, pp. 140.

l'organisation de l'entreprise. Les règles pour le Conseil d'administration, son statut juridique, la nomination des gérants, la convocation aux assemblées et aux votes sont identiques. Les dispositions relatives à la dissolution et à la liquidation aux modes de règlement des différends sont similaires.

Pour conclure sur ce point : il existe plus de similitudes que de différences entre les trois lois sur les entreprises à participation étrangère et leurs règles d'application. Cette répétition des normes constitue un gâchis de ressources signifiant la faible qualité du travail législatif, et ceci constitue également une raison directe de la nécessité de réformer ce régime.

La seconde raison est que certaines règles complémentaires sont appliquées à l'identique aux trois formes d'investissement. Les règles complémentaires des trois Lois posent certaines difficultés pratiques pour les trois formes d'investissement. Même si certaines règles n'ont pour champ d'application que les EJV, elles peuvent également être appliquées aux CJV et WFOE. Par exemple, les règles portant sur les industries permises aux investissements étrangers, les règles concernant la contribution au capital social, le management des joint-ventures, la liquidation et le développement des entreprises comprenant un fonds étranger, etc. sont appliquées aux trois formes d'entreprises à participation étrangère.

III. NOUVEAUX APPORTS DU PROJET DE LOI DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ETRANGERS

627. Présentation. Le projet, inspiré du système adopté par la Shanghai Free Trade Zone depuis 2013, a non seulement pour mission d'unifier le régime des investissements directs étrangers, mais a également pour but de modifier en profondeur le contenu du droit des investissements étrangers. Il constitue un changement attendu par le monde du droit car, il va dans le sens de la transparence, de la simplification et de la clarification du régime des investissements étrangers en Chine, et se conforme aux tendances actuelles de la politique internationale du commerce et de l'investissement internationaux. En effet, la Chine a signé des traités bilatéraux d'investissement, et est en cours de négociations avancées avec les États-Unis et l'Europe. La Chine a également été poussée dans le sens de la libéralisation en raison de nombreux traités de coopération signés entre les États-Unis et d'autres pays (L'accord de partenariat transpacifique des États-Unis offrant une ouverture du marché des

États-Unis à de nombreux pays de l'Asie pacifiques, et le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement entre les États-Unis et l'Union européenne). Certes, l'économie chinoise dépend de moins en moins des capitaux étrangers. Cependant, avec la signature des accords de partenariat cités ci-dessus, le Gouvernement craint que le marché chinois perde sa compétitivité s'il ne trouve pas une voie alternative de développement.

A. Un droit des investissements directs étrangers unifié

628. Une loi « 3 en 1 »[1252]. Le régime juridique actuel a été conçu conformément à la théorie de « *traverser la rivière en se tenant aux rochers* », ce qui explique son absence d'unicité entre 1979 et 1988, l'Assemblée nationale populaire ayant successivement adopté la Loi sur les EJV, la Loi sur les WFOE et les Lois sur les CJV. Depuis leur entrée en vigueur, le Conseil des affaires de l'État et le Ministère du Commerce ont progressivement publié des textes de valeur normative, et les autorités locales ont également adopté des textes de portée locale afin de résoudre des problèmes portant sur l'application de trois Lois sur les entreprises à participation étrangère. Ainsi, les investissements directs étrangers sont régis par une multitude de textes normatifs. En raison du fait que les autorités ne se coordonnent pas entre elles, chacune adopte les textes normatifs de façon indépendante par rapport aux autres autorités, laissant place non seulement à un régime juridique complexe et inaccessible aux les investisseurs, mais créant des répétitions, voire des conflits entre différents textes, mettant en difficulté l'application effective du régime juridique des investissements directs étrangers.

La mission essentielle du Projet de Loi de 2015 est d'éradiquer cette complexité liée aux innombrables normes régissant les entreprises à participation étrangère. En effet selon le projet de Loi de 2015, le droit des entreprises à participation étrangère ne devraient plus être composé de trois régimes juridiques séparés et de textes adoptés par des autorités étatiques différents, mais par une seule loi portant sur les investissements directs étrangers. Cette mesure avait non seulement pour effet principal d'améliorer l'État de droit chinois et de rendre le droit plus accessible et compréhensible aux investisseurs étrangers.

629. Un champ d'application élargi par les nouvelles définitions de l'investissement étranger et d'investisseur étranger. Sous le régime actuel, aucune disposition normative

[1252] 任清, "外國投資法草案中的三個關鍵詞", *China Law Review*, vol. 1, 2015, pp. 70.

ne définit les notions d'investisseur étranger et d'investissements étrangers. Face à cette absence de détermination du champ d'application du régime juridique des investissements directs étrangers, le Projet de loi veut remédier à cette carence, en offrant des définitions larges ces deux notions clefs.

Le projet de Loi est applicable aux investissements directs étrangers (art. 2 et art. 5), peu importe la forme sociale de l'entreprise à participation étrangère. En effet, le champ d'application *ratione personae* est défini à l'article 11 du Projet de Loi qui énonce que « *le terme "investisseurs étrangers" désigne les personnes suivantes qui effectuent un investissement sur le territoire chinois : 1) Les personnes physiques dépourvues de nationalité chinoise ; 2) les entreprises incorporées conformément aux dispositions juridiques d'un État étranger ; 3) Les gouvernements d'un État étranger et leurs émanations ; et 4) les organisations internationales. Les entreprises nationales contrôlées par une des personnes citées ci-dessus sont considérées comme des investisseurs étrangers* ». Cette notion est à l'opposé de la notion d'investisseur chinois, qui est définie à l'article 12 du Projet. Il s'agit d'un élargissement du champ d'application *ratione personae* par rapport au régime actuel car, cette nouvelle définition reconnaît que les gouvernements étrangers et leurs émanations peuvent être des investisseurs étrangers, alors que le régime actuel ne permet qu'aux personnes physiques ou morales étrangères de droit privé d'être considérées comme des investisseurs étrangers. De surcroît, la détermination de la nationalité étrangère des entreprises est également plus large selon cette nouvelle définition car, contrairement au droit français qui considère que la nationalité d'une société dépend de la situation de son siège social, selon le Projet de loi, la nationalité d'une entreprise est déterminée selon le lieu où elle a été valablement incorporée[1253]. Enfin, en incluant la notion de *« l'appartenance du contrôle* », cette nouvelle définition permet également aux sociétés légalement établies en Chine d'être considérées comme des investisseurs étrangers si elles sont contrôlées par des personnes de nationalité étrangère[1254]. En d'autres termes, une filiale chinoise contrôlée par un investisseur étranger, c'est-à-dire une WFOE ou une EJV dont la part de contrôle appartient à un investisseur étranger, serait considérée comme un investisseur étranger, alors qu'elle est incorporée en Chine conformément au droit chinois.

[1253] 吳一鳴, « 外國投資（法草案徵求意見稿）若干問題探討 », *Journal of Heilongjiang Administrative Cadre College of Politics and Law*, vol. 117, n° 6, 2015, pp. 136.

[1254] Si plus de 50% des parts de la société appartiennent à une personne de nationalité étrangère, si les décisions importantes de la société (nomination des membres du Conseil d'administration par exemple) appartiennent à une personne physique ou morale étrangère, ou si un contrat donne le pouvoir de contrôle à une personne physique ou morale étrangère.

Le Projet de loi apporte également une définition large de la notion d'investissements étrangers. Selon l'article 15 du Projet, cette notion inclut non seulement les (i) investissements entièrements nouveaux et les (ii) fusions-acquisitions, mais également les (iii) projets d'investissements à long terme de la part d'une société étrangère au profit de ses filiales chinoises (iv) l'obtention d'une licence d'exploitation des ressources naturelles ou de projet de construction d'infrastructure (v) l'acquisition de propriété immobilière (vi) le contrôle des entités chinoises par le biais d'un arrangement contractuel ou fiduciaire (vii) les transactions *offshores* qui conduisent à une prise de contrôle effectif de la société chinoise, mais aussi tout investissement dont le contrôle effectif est détenu par un investisseur étranger (article 18). Ainsi, le Projet supprimerait donc toute différenciation législative entre la CJV, l'EJV et la WFOE pour introduire la conception de « contrôle ». En d'autres termes, une filiale chinoise contrôlée par un investisseur étranger (WFOE) serait considérée comme un investisseur étranger. Selon cette nouvelle conception, les investissements effectués, dans les catégories considérées comme limitées, par les sociétés chinoises par le biais d'une structure *offshore* pourraient être légitimés. Le champ d'application *ratione materiae* du projet serait élargi par rapport au droit positif.

630. Coordination avec la Loi des sociétés. L'unification concerne non seulement les textes normatifs portant sur les investissements étrangers, mais prévoit également un régime unique pour les entreprises à participation étrangère et les entreprises à participation uniquement nationale (de droit commun), en abrogeant les dispositifs des Lois des investissements directs étrangers qui entrent en conflit avec la Loi des sociétés. En effet, le Projet de Loi ne réglemente ni la constitution, ni l'organisation, ni la fusion, ni la cession, ni la liquidation et ni la dissolution de l'entreprise à participation étrangèreet. Son article 170 prévoit que « *l'entrée en vigueur de la présente loi supprimera automatiquement les dispositifs des Lois sur les entreprises à participation étrangère qui entrent en conflit avec les dispositifs de la Loi des sociétés* ». L'article 157 du Projet prévoit une période transitoire de trois ans pour permettre aux entreprises à participation étrangère existantes de se conformer aux dispositifs de la Loi des sociétés.

Cette mesure supprimerait tout traitement différentiel entre les entreprises de droit commun et les entreprises à participation étrangère en permettant aux investisseurs étrangers d'effectuer des opérations d'investissement dans les mêmes conditions que les investisseurs nationaux, sans procédure d'approbation supplémentaire, sauf pour des cas prévus par la loi. Ainsi, elle rendrait le régime juridique plus conforme au principe du traitement national de l'OMC.

B. Introduction officielle de la Liste négative nationale

631. Présentation de la liste négative nationale. Le système de la liste négative nationale est utilisé principalement les États économiquement développés[1255] et assure le respect du traitement national lors de la phase d'entrée des investissements étrangers sur le territoire du pays d'accueil, sans qu'une procédure de contrôle soit nécessaire. Actuellement, la Chine ne dispose pas d'une liste négative nationale, mais le gouvernement central a autorisé la ville de Shanghai à adopter une liste négative locale pour tester l'effectivité de ce système depuis 2013, dans le dessein de pouvoir l'étendre sur l'ensemble du territoire chinois dans un futur proche.

Le projet de loi supprime la procédure préalable d'approbation (pour certains secteurs d'industrie) en introduisant la « liste négative », proche du modèle utilisé par la zone de libre commerce à Shanghai. La réglementation actuelle exige que tous les investisseurs obtiennent au préalable une autorisation du Ministère du Commerce (ou d'une branche locale du Ministère du Commerce) avant l'enregistrement officiel auprès de l'Administration de l'industrie et du commerce. Le projet modifie cette procédure, et limite l'exigence d'une autorisation préalable qu'aux seuls investissements énoncés dans la liste négative qui sera publiée par le Conseil de l'État. La liste négative énumérerait les secteurs d'industries pour lesquels l'investissement étranger est limité, ou dont le montant d'investissement est limité. Tout investissement qui ne serait pas cité par ladite liste bénéficierait du traitement national, et pourrait être enregistré directement auprès de l'Administration de l'industrie et du commerce. Une procédure d'informations serait cependant obligatoire, mais cette obligation pourrait être complétée postérieurement à l'enregistrement administratif. Malgré le fait que cette liste négative reste à être adoptée et publiée, la plupart des investissements étrangers n'auraient plus besoin d'être approuvés au préalable par le Ministère du Commerce. Ceci réduirait la durée de la procédure, et offrirait aux parties une plus grande flexibilité concernant la structure des investissements lorsque ceux-ci sont régis par un contrat (contrat de joint-venture et contrat de transfert d'actions). Cependant, il compliquerait

[1255] 徐萍, 姚麗娟, « 中國外資立法走進新時代 », *國際商報*, 26 janvier 2015, disponible sur http://finance.china.com.cn/roll/20150125/2925940.shtml.

potentiellement le processus du contrôle de la sécurité nationale. Ce dernier nécessiterait une clarification ultérieure par le Gouvernement.

632. Comparaison de la liste négative nationale avec les TBI chinois. Le modèle de liste négative trouve son origine dans les TBI des États-Unis et a pour but de limiter le champ d'application du traité à tous les secteurs qui ne sont pas cités par la liste. Il est adopté par plus de soixante-dix pays dans le monde et a été introduit en Chine lors de la négociation du traité bilatéral avec les États-Unis entamée en 2013[1256]. Il s'agit d'une obligation conventionnelle, au même titre que l'obligation du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée, qui oblige l'État signataire à appliquer le traitement national aux investisseurs étrangers de l'autre État signataire sauf si le secteur d'investissement concerné est mentionné dans la liste négative. Étant une obligation conventionnelle, la liste négative est d'application directe par les États signataires du TBI car, la mise en œuvre de la liste négative ne nécessite pas l'adoption ultérieure d'une loi nationale par le législateur.

Le Projet de Loi voudrait introduire le concept de la Liste nationale sur l'ensemble du territoire chinois, peu importe l'État d'origine de l'investisseur étranger, ce qui aura pour effet de rendre le droit des investissements directs étrangers plus stable, transparent et prévisible. De surcroît, l'article 22 du Projet prévoit que la Liste nationale ne serait pas seulement appliquée durant la procédure de contrôle et d'approbation des projets d'investissement étranger, mais elle permettrait également aux investisseurs étrangers de bénéficier du traitement national tout au long de l'opération d'investissements étrangers. Par ailleurs, pour se conformer aux standards internationaux, l'article 22 ajoute que lorsque les traitements moins favorables à ceux accordés aux nationaux sont appliqués aux investisseurs ou les investissements étrangers, ou si ces derniers sont soumis à des restrictions supplémentaires, ces traitements ou restrictions doivent être prévus spécifiquement par une loi, un règlement ou une décision du Conseil des affaires de l'État, et doivent être inclus dans le Catalogue des mesures administratives spéciales. L'article 23 dispose qu'afin de se conformer aux obligations souscrites par le gouvernement dans les traités multilatéraux, bilatéraux ou régionaux d'investissement, les secteurs énoncés dans le Catalogue des mesures administratives spéciales ne peuvent pas excéder ceux des listes négatives inclus dans les TBI.

633. Comparaison de la liste négative nationale avec le Catalogue d'orientation. Le Règlement d'orientation a été adopté par le Conseil des affaires de l'État en 1995. La même

[1256] *Ibid.*, p. 73.

année, la première version du Catalogue d'orientation a également été publiée. Le Catalogue a été révisé sept fois depuis l'adoption de sa première version, et constitue le texte de référence des investisseurs étrangers qui souhaitent effectuer un projet d'investissement en Chine. Le Catalogue d'orientation diffère du Projet de Loi sur plusieurs points essentiels : premièrement, sur le plan formel, le Catalogue d'orientation contient non seulement des catégories « négatives », c'est-à-dire les secteurs prohibés et restreints, mais également d'une catégorie « positive » qui est les secteurs encouragés, alors que le Projet de loi ne contient que la catégorie « négative ». Deuxièmement, sur le plan de du contrôle, peu importe la catégorie de secteur d'investissement, le Catalogue d'orientation impose une procédure de contrôle et d'autorisation préalable pour tous les projets d'investissement étranger, alors que le Projet supprime cette procédure de contrôle et d'autorisation pour tous les projets d'investissements qui sortent de la Liste négative. Troisièmement, concernant l'application du traitement national, la procédure de contrôle et d'autorisation préalable établie par le Catalogue d'orientation est contraire au principe du traitement national, alors que le Projet de Loi supprime non seulement tout traitement infranational, mais également tout traitement supranational, et se conforme ainsi au principe du traitement national de l'OMC. Et enfin, le système du Catalogue d'orientation est dépourvu de fondement juridique car, il a été mis en place par un Règlement et complété par une liste publiée périodiquement par le gouvernement, alors que la Liste négative du Projet de Loi aura un fondement juridique sur laquelle les investisseurs étrangers peuvent s'appuyer.

634. Comparaison de la liste négative nationale avec la Zone de libre-échange de Shanghai. La Zone expérimentale de libre-échange de Shanghai a été créée en septembre 2013. Conformément à l'article 11 de la Mesure de gestion de la Zone de libre-échange de Shanghai (中國（上海）自由貿易試驗區管理辦法)[1257], le gouvernement local s'engage à appliquer le traitement national aux investisseurs étrangers dans la Zone de libre-échange et adopte le système de la Liste négative. Ainsi la procédure administrative de contrôle et d'autorisation des projets d'investissements est supprimée dans la Zone de libre-échange. À la place, les investisseurs étrangers, tout comme les investisseurs chinois, doivent uniquement remplir leur obligation de déclaration auprès des autorités administratives compétentes. Malgré l'avancée effectuée par la ville de Shanghai, sa portée et son efficacité

[1257] Adoptée le 22 septembre par le Gouvernement municipal populaire de Shanghai lors de la 24e Réunion ordinaire, en vigueur depuis le 1e octobre 2013. Disponible sur http://www.shanghai.gov.cn/nw2/nw2314/nw2319/nw12344/u26aw37037.html, consulté le 24 septembre 2017.

restent cependant limitées par rapport au Projet de Loi. En effet, outre les Mesures et Règlements adoptés par le gouvernement municipal de Shanghai, il n'existe aucun fondement juridique qui justifie l'existence officielle de la Zone de libre-échange, alors que la loi adoptée éventuellement sur la base du Projet de 2015 aurait une légitimité et une stabilité supplémentaires par rapport à la Zone de libre-échange car, une fois adopté par l'Assemblée nationale populaire, le texte jouirait d'une valeur législative supérieure.

Enfin, certains auteurs soulignent que la Liste négative de la Zone de libre-échange de Shanghai a repris des éléments du Catalogue d'orientation. En effet, au sein de la Zone de libre-échange, certains documents sont à soumettre à une procédure administrative de contrôle, peu importe le secteur d'investissement. Il s'agit notamment le contrat d'EJV, les statuts constitutifs. En revanche, la loi adoptée éventuellement sur la base du Projet de 2015 remplacerait toute cette procédure administrative par une simple obligation de déclaration de l'investisseur étranger, simplifiant ainsi la phase de constitution de l'entreprise à participation étrangère.

635. Points essentiels de la liste négative du Projet de Loi. Les éléments principaux du Projet de Loi se situent à son chapitre 3 qui porte sur l'entrée des investissements étrangers et son chapitre 5 qui concerne l'obligation de déclaration.

Premièrement, le point de départ du Projet de loi est l'application du traitement national sur tout le territoire chinois durant toute la vie de l'investissement. Toute mesure contraire au traitement national devrait être citée dans le Catalogue des mesures administratives spéciales qui doit être publié par le Conseil des affaires de l'État. Les mesures contraires au principe du traitement national qui ne sont pas citées par le Catalogue des mesures administratives spéciales du Conseil des affaires de l'État doivent être prévues expressément par une disposition législative ou réglementaire distincte.

Deuxièmement, la Liste négative du Projet de Loi est divisée en deux catalogues : le catalogue « prohibé » (article 25) et le catalogue « restreint » (article 26). Concernant le catalogue restreint, il ne suffit pas d'énumérer les secteurs d'industries qui sont de la catégorie restreinte, il faut également que le Catalogue fournisse les conditions supplémentaires pour que les investisseurs qui souhaitent investir dans les secteurs restreints puissent remplir les conditions supplémentaires nécessaires (article 26, ¶ 2).

Le troisième point essentiel porte sur la gestion administrative préalable des investissements du Catalogue restreint[1258]. En effet, si un investissement étranger est de la catégorie

[1258] Cette question ne se pose pas pour les investissements de la categories prohibés car, la règle est que ces investissements étrangers n'existent pas.

restreinte, et que la restriction porte sur le montant de l'investissement ou le secteur, l'investisseur étranger devrait soumettre son projet d'investissement à une procédure administrative d'examen et d'approbation au préalable. Une fois l'autorisation obtenue, l'investisseur n'aurait plus besoin de soumettre les documents constitutifs (contrat ou statuts) de l'entreprise à une autre procédure de contrôle et d'approbation. L'article 32 donne une liste d'élément à examiner par les autorités administratives compétentes lorsqu'un projet d'investissement de la Catégorie restreinte lui est soumis. Ce contrôle porterait notamment sur l'impact de l'investissement sur la sécurité nationale (Art. 32,1), sur les ressources d'énergie, l'innovation, l'emploi, l'environnement, la sécurité des produits, le développement régional, la concurrence, l'intérêt public (article 32.2), et sur le respect des obligations conventionnelles de l'État chinois (art. 32,5). Ainsi, l'autorité administrative qui considère que le projet d'investissement aurait des effets néfastes sur les éléments de l'article 32 devrait délivrer un refuse au le projet d'investissement. Cependant, le Projet de loi donne une marge de manœuvre aux autorités administratives de contrôle, et énonce à l'article 37 que même si un projet d'investissement de la catégorie restreinte qui remplit toutes les conditions de l'article 32, l'administration de contrôle pourrait demander que le projet d'investissement remplisse des conditions supplémentaires portant notamment sur la période d'investissement (art. 37. 3), le pourcentage de salariés locaux (art. 37,5), la région d'implantation (art. 37.4) ou le pourcentage de participation des associés (art. 37,2).

Il est à noter que la loi adoptée éventuellement sur la base du Projet de 2015 étendrait le champ de contrôle de la sécurité nationale qui est actuellement limité aux opérations de fusion-acquisition. Selon cette loi éventuelle, tout investissement de la catégorie restreinte qui nuirait ou qui risquerait de nuire à la sécurité nationale serait soumis à un régime unique de contrôle de sécurité nationale, peu importe le secteur de l'opération d'investissement ou la nationalité de l'investisseur. Le champ dudit contrôle serait large, en effet malgré le fait que le projet énonce les principaux secteurs susceptibles d'être sous ce contrôle (la défense nationale, les infrastructures clefs, les ressources nationales clefs), ce contrôle étendu créerait de nombreuses incertitudes pour les investisseurs étrangers en raison des décisions arbitraires de la part du gouvernement chinois.

Un guide portant sur la sécurité nationale devrait être promulgué séparément, et clarifierait éventuellement ce système de contrôle. Enfin, le projet énonce qu'à part la suspension ou l'interruption obligatoire de la transaction litigieuse, par le biais dudit contrôle, le Gouvernement pourrait également adopter des mesures de nationalisation ou d'expropriation, sans pour autant octroyer une indemnité quelconque, tout projet n'ayant pas

été soumis au contrôle de la sécurité nationale. De plus, une fois que le projet aurait été soumis au contrôle, le demandeur ne pourrait retirer le projet du contrôle sans l'autorisation de l'Autorité des investissements étrangers. Il est à souligner qu'aucun recours ne serait possible contre une décision issue du contrôle de la sécurité nationale, contrairement au régime actuel.

C. Introduction du système déclaratif

636. Système déclaratif lors de la constitution de l'investissement. Conformément au projet de loi, les investisseurs étrangers et leurs filiales chinoises devraient remplir un certain nombre d'obligations de déclaration par le biais d'un système déclaratif sur nationalet (qui serait mis en place par le Ministère du Commerce). Une déclaration initiale serait requise de la part de tous les investisseurs. Cette déclaration devrait être effectuée avant ou dans les 30 jours suivant la réalisation de l'opération qualifiée d'investissement (la date de l'enregistrement de l'affaire si la transaction nécessite un enregistrement, ou la date de clôture si la translation ne nécessite pas d'enregistrement). Les informations qui devraient être déclarées sont, entre autres : les informations de base concernant l'investisseur étranger (l'actionnaire détenant le contrôle) et sa filiale, les informations sur l'investissement (la source de l'investissement). Les contrats de joint-venture et les statuts n'auraient cependant pas besoin d'être transmis.

637. Le rapport annuel. Le projet impose une nouvelle obligation aux sociétés à capital étranger, qui serait de déposer un rapport annuel (le 30 avril de chaque année) auprès du Ministère du Commerce, dans lequel sont divulguées toutes les informations concernant les opérations de la société. Pour les entreprises de grande envergure (CA plus de 10 000 milliards de renminbis par an, ou qui détiennent plus de 10 filiales en Chine) contrôlées par un associé étranger, une obligation supplémentaire de déclaration trimestrielle leur incomberait. Cette obligation nécessite cependant des précisions particulières concernant son application.

638. Réforme des quatre Lois sur les entreprises à participation étrangère. Le système de déclaration, prévu initialement par le Projet de Loi, a été repris par la réforme des quatre

Lois du 1er octobre 2016 et est actuellement appliqué par les autorités chinoises pour la majorité des projets d'investissement étranger.

D. Dispositions transitoires

639. Période transitoire de 3 ans. Le projet de loi ne régissant plus la gouvernance d'entreprise des entreprises bénéficiant d'investissements étrangers, ces dernières devraient respecter le régime des entreprises nationales, c'est-à-dire le droit des sociétés, le droit des partenariats et le droit de la propriété individuelle d'entreprise, etc. Ce projet offre aux WOEF, EJV et CJV une période transitoire de 3 ans (art. 157). Pour les entreprises à participation étrangère existantes dont le terme serait expiré durant cette période transitoire, la procédure de renouvellement se ferait conformément aux dispositions du Projet de loi.

640. Plusieurs changements sont à adopter durant cette période. Ainsi, le Projet ne règle pas les difficultés liées à la gouvernance d'entreprise ; à la place, ces questions sont réglées par la Loi des sociétés, comme pour les sociétés chinoises de droit commun. Parmi les changements que les entreprises à participation étrangère actuellement implantées en Chine doivent effectuer, voici quelques exemples : 1. conformément au droit des sociétés, l'autorité ultime des EJV serait l'AG des associés à la place du conseil d'administration ; 2. conformément au droit des sociétés et au droit des partenariats, une CJV non incorporée aurait le choix entre devenir une société à risque limité ou devenir un partenariat à investissement étranger ; 3. l'autorité suprême d'une telle CJV ne serait ni le Conseil d'administration ni le comité de gestion conjointe, mais l'AG associée s'il devenait une société à risque limité ; 4. Le mode de partage du profit au sein d'une EJV sera modifié car, conformément au droit des sociétés, le partage du profit entre les associés n'est pas obligatoirement proportionnel aux ratios des parts détenues par lesdits associés ; 5. Le droit de préemption serait également modifié, de sorte que la cession de parts sociales au sein d'une entreprise à participation étrangère ne serait soumise qu'à un vote majoritaire des autres associés et non plus la totalité des autres associés.

IV. INSUFFISANCES DU PROJET DE LOI SUR LES INVESTISSEMENTS DIRECTS ETRANGERS

641. Sort du Catalogue des investissements étrangers. Actuellement, le Catalogue des industries des investissements étrangers publié par le Ministère du Commerce et la Commission nationale du développement et de la réforme est le texte clef portant sur les secteurs d'investissements étrangers. En principe, la liste négative du Projet de Loi remplacerait le Catalogue d'orientation actuellement utilisé, mais cette question reste à être clarifiée par le législateur.

642. Interactions avec d'autres réglementations portant sur l'investissement étranger. Alors que la note explicative indique clairement que le projet remplacerait les 3 lois actuelles, il ne précise pas la façon dont le projet interagirait avec d'autres règles portant sur l'investissement international, en particulier les réglementations portant sur les fusions et acquisitions des entreprises nationales par les investisseurs étrangers, et d'autres réglementations issues de l'Administration étatique des changes étrangers. Une précision sur cette question est donc nécessaire.

643. Obligation de déclaration à détailler. Les formes de déclaration instituées par le Projet de Loi sont les suivantes : la déclaration initiale, la déclaration modificative, la déclaration annuelle, et la déclaration semestrielle pour les entreprises de grande envergure. La charge de l'obligation de déclaration est considérable. Cependant, aucun mécanisme n'est prévu pour contrôler la véracité des déclarations effectuées par les investisseurs étrangers. En effet, il n'existe aucune disposition qui prévoit la mise en œuvre de la responsabilité du déclarant en cas d'erreur sur les informations déclarées[1259].

De plus, les informations à déclarer auprès du Ministère du Commerce sont souvent identiques à celles qui doivent être déclarées annuellement auprès de l'Administration de l'industrie et du commerce. Si les deux systèmes ne sont pas unifiés sur une seule et même plateforme, ceci créerait un fardeau administratif au détriment des investisseurs étrangers..

644. Imprévisibilité du mécanisme de contrôle des projets d'investissements restreints. L'article 32 énumère les facteurs à prendre en compte par les autorités administratives de contrôle lorsqu'un projet d'investissement restreint leur est soumis. Parmi les facteurs énumérés se trouve « tout autre facteur énoncé par le Conseil des affaires de l'État ». En

[1259]陳妹文, « 對外商投資法草案的評析與建議 », *Law and Social Development*, vol. 1, 2016, pp. 21–22

effet, le Conseil des affaires de l'État aurait la possibilité d'ajouter des facteurs déterminants du contrôle des projets d'investissements. Cette possibilité offrirait une certaine souplesse à la future loi et permettrait au gouvernement d'adapter le contrôle administratif en prenant en compte le développement économique et social du pays, mais rendrait la loi imprévisible pour les investisseurs étrangers.

645. Un contrôle incertain de la sécurité nationale. Cette imprévisibilité est d'autant plus conséquente en raison de l'introduction du contrôle de « sécurité nationale ». Peu importe la catégorie de l'investissement, un investisseur étranger pourrait soumettre volontairement son investissement à un contrôle de sécurité nationale s'il considère que son projet mettrait en danger, ou serait susceptible de mettre en danger, la sécurité nationale. Le gouvernement pourrait également prendre l'initiative de soumettre un investissement étranger au contrôle de sécurité nationale. Il s'agit d'une nouvelle procédure qui serait introduite par le Projet de Loi car, actuellement, seules les opérations de fusions-acquisition d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers sont soumises au contrôle de sécurité nationale. Cette phase supplémentaire aurait pour but de pallier l'absence de contrôle des projets d'investissement étranger et de conserver la souveraineté étatique de l'État d'accueil[1260].

Le contrôle de la sécurité nationale se séparerait en deux phases distinctes : un contrôle général qui durerait 30 jours ouvrables, et un contrôle spécial en plus du contrôle général qui pourrait aller jusqu'à 60 jours ouvrables. Ce dernier contrôle serait réservé aux investissements étrangers qui n'auraient pas eu de retour positif après le premier contrôle général. Si l'autorité de contrôle, qui serait un comité dirigé par le Ministère du Commerce et la Commission nationale du développement et de la réforme, considère que l'investissement litigieux poserait une menace réelle à la sécurité nationale, un avis motivé devrait être remis à au Conseil des affaires de l'État. Ce dernier examinerait une dernière fois l'investissement avant de rendre une décision finale, sans qu'aucun recours ne soit offert à l'investisseur. Sous la surveillance du Ministère du Commerce, l'autorité de contrôle pourrait également demander que l'investissement remplisse des conditions supplémentaires qui ne sont pas énumérées dans la loi.

Le problème est que le chapitre 4 du qui porte sur le contrôle de la sécurité nationale ne détermine clairement ni la notion de « menace à la sécurité nationale », ni éléments qui composent ce contrôle particulier, ce qui laisserait une large marge de manœuvre aux

[1260] 陶立峰，"外國投資國家安全審查的可問責性分析"，*法学*, vol. 1, 2016, p. 67.

autorités administratives de contrôle. Certains auteurs considèrent même que ce contrôle constituerait un moyen pour l'État de garder une mainmise sur les investissements étrangers[1261]. Cette considération est d'autant plus vraie en raison de l'absence de mécanisme de recours si l'administration compétente considère qu'un investissement étranger mettrait en danger la sécurité nationale. Un règlement d'application serait donc souhaitable pour lever toute incertitude sur ce contrôle.

646. Possibilité de réouverture des négociations avec les partenaires chinois : du point de vue de la gouvernance d'entreprise, les entreprises à participation étrangère existantes ont déjà adopté, au fur des années, une structure stable. Ces structures créées sous le régime des différentes lois portant sur l'investissement étranger sont souvent à l'antipode de celles des sociétés nationales établies conformément au droit des sociétés. Or, si le projet est adopté en l'état actuel, les entreprises à participation étrangères actuelles auront 3 ans afin de se conformer aux dispositions du droit des sociétés. Cela obligerait les investisseurs étrangers et chinois à revoir des points essentiels lorsqu'ils modifient la structure des entreprises. Ce délai butoir de 3 ans, accompagné de l'incertitude issue du changement de la structure de l'entreprise pourrait s'avérer être troublant pour les investisseurs étrangers actuellement présents en Chine.

647. Effets sur les Entités à détenteurs de droits variables (EDDV). L'EDDV (en anglais « Variable interest entity », connu sous l'acronyme VIE) est une notion économique qui désigne une entité dans laquelle un investisseur détient la participation majoritaire sans pour autant détenir la majorité des droits de vote. Il s'agit d'une structure souvent utilisée par les sociétés chinoises dans certains secteurs considérés comme « sensibles » ou « stratégiques »[1262]. Elle permet aux investisseurs étrangers qui de naviguer à travers les zones grises de la réglementation chinoise sur les investissements directs étrangers. L'EDDV est dirigée par un citoyen chinois qui conclut des accord de contrôle (協議控制) permettant de déplacer les bénéfices de l'EDDV vers une WFOE, puis vers une société *offshore*. La structure offre aux investisseurs étrangers la possibilité de détenir une part majoritaire dans une entreprise qui opère dans un secteur d'industrie interdit ou soumis à restriction, et offre aux entreprises à participation entièrement chinoise d'accéder aux marchés de capitaux internationaux. C'est notamment le cas des deux géants chinois, « Alibaba » et « Baidu »,

[1261] *Ibid., p. 22.*
[1262] 冯彦逵，"外國投資法草案對 VIE 架構的限制與管控", *Modern Business*, vol 6, 2015, p. 258.

qui sont les sociétés-filles d'une société incorporée dans les îles Caïmans, cotée aux États-Unis et contrôlée par des personnes physiques chinoises.

Actuellement, les EDDV bénéficient d'un vide juridique et d'une simple tolérance de la part des autorités chinoises dans la majorité des secteurs. Seul un document du gouvernement chinois de 2009 interdit l'utilisation de la structure d'EDDV dans le secteur des jeux en ligne.

Le Projet soumet expressément les EDDV au même régime que celui des investissements étrangers, à condition que le contrôle effectif de la structure appartienne à un investisseur étranger. En effet, les articles 15 (notion d'investissements étrangers), 18 (Notion de contrôle), 45 (Une entreprise dont le contrôle effectif est détenu par des investisseurs étrangers est considérée comme un investissement national), 149 (la responsabilité civile des investisseurs étrangers) et 158 (gestion des contrats de contrôle) concernent les EDDV. Quid du sort des EDDV contrôlées effectivement par des investisseurs chinois qui sont utilisées par les investisseurs étrangers pour contourner les restrictions de secteurs d'investissement ? Le Projet de loi n'a en effet pas résolu la question de savoir comment régler les EDDV existantes dont le contrôle effectif appartient à une personne physique ou morale chinoise. Une Note explicative accompagnant le projet de loi introduit 3 options : 1) reconnaître l'existence juridique des EDDV actuelles qui déposeraient un dossier auprès du Ministère du Commerce afin de confirmer que le contrôle effectif de l'EDDV actuelle est détenu par une entité chinoise ; 2) Reconnaître l'existence juridique des EDDV actuelles qui déposent une demande d'approbation auprès du Ministère du Commerce, et qui l'obtiennent, justifiant que les actionnaires de contrôle sont bien de nationalité chinoise ; ou 3) le Ministère du Commerce décide et autorise au cas par cas sur la reconnaissance des EDDV.

Parmi ces 3 options, la première aurait moins d'impact sur les EDDV existantes car, elle n'exige qu'une procédure de dépôt de dossier, alors que l'option 3 donnerait au Ministère du Commerce un grand pouvoir de discrétion sur la légalité des EDDV existantes. Il faut souligner que ces trois options ont pour but de légitimer l'existence des EDDV actuelles qui sont sous le contrôle d'une entité chinoise, et n'assisteraient en aucun cas les EDDV dont le contrôle effectif est détenu par un investisseur étranger d'échapper aux restrictions imposées par la loi[1263].

648. Relations entre le Projet de loi et les TBI chinois à déterminer. Sur le plan du droit international, le Projet de loi constitue une avancée immense dans le développement du droit

[1263] 李艷娜，"新外國投資法下ＶＩＥ結構投資模式法律解釋", *China Foreign Trade,* 2015, pp. 37.

chinois des investissements étrangers. En effet, il permettrait une unification du régime juridique des investissements directs étrangers qui est actuellement fragmentaire, politisé et fortement bureaucratique. Ces défauts du droit positif des investissements directs étrangers conduisent à une baisse de la valeur contraignante des TBI qui rend ces traités d'investissements inappliqués dans la pratique. En effet, le gouvernement chinois a depuis longtemps refusé de mettre en œuvre certains engagements internationaux. Elle s'est notamment opposée à appliquer effectivement le principe du traitement national à la procédure de constitution des entreprises à participation étrangère, et a rénové à plusieurs reprises son Catalogue d'orientation, dont la nature est à l'antipode du principe de traitement national. Son adhésion à l'OMC en 2001 a certainement amélioré les choses, mais la portée de son engagement au principe du traitement national est fortement limitée[1264].

Projet actuel n'apporte aucune précision quant à sa relation avec les TBI chinois. Actuellement, la Constitution chinoise ne dispose d'aucune règle concernant l'application des TBI dans l'ordre nationale. L'application des TBI chinois dépend uniquement des déclarations et engagements du gouvernement chinois pendant ou après la signature des TBI. Il serait donc opportun d'inclure des disposions au sein du Projet de loi concernant l'application des dispositions conventionnelles des TBI signés par la Chine. Notamment des règles de conflit en cas de conflits entre les deux textes et du principe de l'interprétation commune[1265].

649. Procédure de résolution des plaintes à ajouter. Actuellement, il existe trois plateformes officielles qui visent à résoudre les plaintes des investisseurs étrangers vis-à-vis de la branche exécutive de l'État chinois, qui sont l'Association des entreprises à participation étrangère (外商投資企業協會), les Centres de plainte des investisseurs étrangers (外商投訴中心) et le Département de coordination taïwanaise de plainte (台商投訴協調處). Par le biais de ces trois plateformes, la *soft Law* régissant l'environnement des investissements directs étrangers de la Chine a connu une amélioration non négligeable dans le domaine de la gestion des litiges de droit administratif. Cependant, des problèmes subsistent quant à la résolution des conflits administratifs, tels que le manque de transparence dans la composition desdites plateformes et l'absence de règle claire déterminant la façon dont ces plateformes

[1264] Le principe du traitement national ne s'applique à la procédure de constitution des entreprises à participation étrangère si ces dernières sont du secteur tertiaire, et le protocole d'accession de la Chine prévoit d'autres conditions relatives à l'application du traitement national sur le territoire chinois.
[1265] 蔡從燕, "外國投資法（草案）中個國際法因素", *中國法律評論*, vol. 5, 2015, p. 68

résolvent les conflits administratifs d'investissements directs étrangers[1266]. Ainsi, il est d'importance considérable que le droit des investissements directs étrangers soit un régime unifié pour établir un nouveau mécanisme de coordination et de gestion des plaintes soumises par les investisseurs étrangers qui se sont sentis lésés par l'administration chinoise.

V. AVENIR INCERTAIN DU PROJET DE LOI

650.Une procédure législative retardée. En Chine, la publication d'un projet de loi pour commentaires publics constitue la première phase de la procédure législative. Concernant ledit projet, le Ministère du Commerce n'a pas donné de date précise concernant sa promulgation, ceci en raison des modifications ultérieures qui doivent survenir.

Selon la loi sur la législation, seul le Conseil des affaires de l'État (à l'exclusion du Ministère du Commerce) a le pouvoir de soumettre un projet de loi au vote de l'Assemblée nationale populaire, du pouvoir législatif chinois ou de son comité permanent. Il est possible que le Conseil des affaires de l'État sollicite l'avis des différentes agences publiques pour améliorer le projet avant de le soumettre à l'Assemblée nationale populaire. La loi sera ensuite sujette à 3 lectures à l'Assemblée nationale populaire ou par son comité permanent avant la promulgation officielle.

Le Projet de loi a été publié par le Ministère du Commerce pour consultation publique le 19 janvier 2015. Cette phase de consultation s'est terminée le 17 février 2015. Le ministre du Commerce, Gao Hucheng a déclaré, lors d'une conférence en date du 7 mars 2015, que le projet a reçu des réponses positives au niveau national aussi bien qu'international, et que le Ministère du Commerce améliorera le projet en prenant en considération les commentaires soumis afin de commencer la procédure législative officielle le plus rapidement possible. Certains auteurs pensaient que le Projet de Loi de 2015 serait adopté au plus tard en 2017, mais avec l'adoption de la Réforme partielle du droit des entreprises à participation étrangère le 1er octobre 2016, cette prévision n'a malheureusement pas été réalisée.

Cependant, malgré les réponses positives de la communauté des investissements étrangers en Chine et les promesses du gouvernement, il semblerait que ce Projet de loi tant attendu

[1266] 徐芳，"論我國新型外國投資訴訟調解處理機構的構建 (On the construction of the new mechanism of coordination and handeling the complaints about foreign investment in China)", *Hebei Law Science*, vol. 34, n°2, février 2016, pp. 45-54.

ne serait pas adopté aussi tôt. En effet, après 2 ans de silence de la part du gouvernement sur le futur du Projet de Loi, le Ministère du Commerce a organisé une conférence de presse le 20 juillet 2017 dans laquelle Monsieur Ga Feng, le porte-parole du Ministère du Commerce, a annoncé que le Projet de loi sur les investissements étrangers était toujours d'actualité et a réitéré le dessein du gouvernement d'améliorer le droit positif des investissements directs étrangers dans la perspective de l'établissement de l'État de droit, de la promotion de la concurrence loyale au sein du marché national et de la protection des investisseurs étrangers. Il a ajouté que la seconde version du Projet avait été transmise pour examen au Conseil des affaires de l'État, et que le MOFTOM coopérerait pleinement avec le Conseil des affaires de l'État pour que le projet soit mené à terme[1267]. Cette position a ensuite été réaffirmée dans une conférence de presse du Ministère du Commerce le 2 novembre 2017[1268].

[1267] Conférence de press du Ministère du Commerce, organisée le 20 juillet 2017, disponible sur http://www.mofcom.gov.cn/xwfbh/20170720.shtml, consulté le 11 novembre 2017.
[1268] Conférence de press du Ministère du Commerce, organisée le 2 novembre 2017, disponible sur http://www.mofcom.gov.cn/xwfbh//20171102.shtml, 11 novembre 2017.

CONCLUSION GENERALE

651. But de l'étude. Cette étude a tenté de donner un aperçu général du développement historique, des particularismes et des principales problématiques du droit positif des investissements directs étrangers, en étudiant différents domaines de droit, allant de l'histoire du droit, au contenu même du droit des investissements étrangers, en passant par les mécanismes de règlements des différends en matière d'investissements étrangers. En effet, une étude exégétique des textes législatifs et règlements portant sur des investissements étrangers est, certes, nécessaire pour la compréhension du régime juridique des investissements directs étrangers, mais sa connaissance ne suffit pas pour qu'un investisseur puisse réussir ses opérations sur le territoire chinois.

652. Un droit qui s'adapte aux tendances de l'époque. Ce régime juridique des investissements directs étrangers est le fruit des expériences passées de l'Empire du Milieu, et surtout d'un travail d'imitation législative de systèmes de droits étrangers. Son développement est indéniablement lié aux éléments de la vie politique, culturelle, sociale et économique du pays. De la promotion des valeurs marxistes du système soviétique sous la période de Mao Zedong, à l'adoption du pragmatisme juridique avec la direction de Deng Xiaoping, puis de l'application politique de l'économie planifiée à l'instauration de l'économie de marché, la Chine a tenté d'adapter au mieux son droit aux changements constants du pays, tout en laissant place aux éléments essentiels de la tradition juridique. Ainsi, en quarante ans, le gouvernement a pu créer un système juridique quasiment exhaustif après avoir subi la Révolution culturelle qui a détruit non seulement le système social qui existait jusqu'alors, mais également le système juridique du pays.

653. Un droit issu de l'imitation de systèmes étrangers. Cependant, la rapidité du travail législatif n'est nullement une preuve de sa qualité. En effet, dans le but de rattraper son retard sur les systèmes juridiques des pays économiquement développés, le gouvernement a dû implanter les solutions étrangères directement dans l'ordre juridique national, sans pour autant effectuer un travail approfondi d'adaptation ou d'harmonisation. En effet, conformément aux théories du chat et du toucher, le législateur doit effectuer un travail pragmatique et non pas théorique dans la création de règles de droit. L'adoption d'une loi ne nécessitait aucun débat préalable de faisabilité car, même une loi « mauvaise » ou « inapplicable » peut être sauvée par l'intervention du pouvoir judiciaire, ou par une réforme ultérieure. C'est cette logique pragmatique du travail législatif au lendemain de l'établissement de la Chine communiste qui explique, du moins en partie, l'instabilité et l'incertitude du droit chinois.

654. Un régime juridique inaccessible et incohérent. Ce constat est d'autant plus poussé dans le domaine des investissements directs étrangers, qu'il est par ailleurs le premier domaine à avoir été encadré par le droit chinois. En effet, les investissements directs étrangers étaient, selon Deng Xiaoping, l'unique moyen pour le pays de redevenir une puissance économique mondiale. Dans un premier temps, face aux flux d'investissements étrangers, le législateur a adopté les trois Lois portant sur les entreprises à investissements directs érangers. Puis, avec le développement des investissements directs étrangers, et conformément à la logique pragmatique de Deng Xiaoping, d'autres règles juridiques sont venues combler les carences laissées par les trois Lois, pour éventuellement former un régime des investissements directs étrangers composés d'une multitude de textes normatifs, rendant ainsi le droit non seulement inaccessible aux investisseurs étrangers, mais également aux juges populaires. De surcroît, chacun des textes normatifs est adopté sous une politique propre et le législateur n'a pas pris soin de coordonner ces textes avec les trois Lois initiales, ce qui donne lieu à un manque de cohérence entre différents textes. Cette incohérence est accentuée avec l'adoption de la Loi des sociétés en 2004 qui régit aussi bien les entreprises à participation étrangère que les entreprises de droit commun.

655. Vers la recherche de l'État de droit et de l'établissement de l'économie de marché. Initialement, le Parti communiste chinois ne cherchait pas à établir un État de droit au sein de la Chine, mais visait à ce que le droit accomplisse des politiques spécifiques : celui d'attirer des capitaux étrangers tout en maintenant la souveraineté étatique. Cependant, avec le temps et la pression internationale, et consciente que l'établissement d'un État de droit est la meilleure façon d'encourager les investissements étrangers, la Chine vise donc de plus en

plus à moderniser sa structure juridique et son système judiciaire afin de mettre en place un « État de droit socialiste » qui puisse offrir un droit clair et accessible. Parallèlement à l'établissement de l'État de droit, la Chine actuelle cherche également à avoir une « économie du marché socialiste », c'est-à-dire un marché national de plus en plus libéralisé qui demeure influencé par ses programmes politiques. Dans les deux cas, le gouvernement cherche à trouver un terrain d'entente entre des notions issues du monde occidental capitaliste (État de droit et économie du marché) et ses valeurs communistes fondées sur le contrôle étatique sur la vie de la société.

656. Une application progressive du traitement national. Depuis peu, le souci principal du gouvernement en matière d'économie du marché est l'application effective du traitement national. En effet, depuis l'adhésion de la Chine à l'OMC, le gouvernement cherche sans relâche à supprimer tout traitement supra ou infra-national, en commençant par la suppression d'avantages fiscaux aux investissements étrangers. Cette première démarche a été largement critiquée par la communauté des investisseurs étrangers qui ont vu leurs avantages diminués sans pour autant bénéficier de la suppression de certaines mesures qualifiées de traitements infra nationaux. C'est notamment le cas de la procédure de constitution des entreprises à participation étrangère, qui nécessite une consultation préalable du Catalogue d'orientation et une procédure de contrôle et d'autorisation, alors que les entreprises nationales disposent d'une liberté d'entreprendre et d'une procédure simplifiée. La restriction concernant la procédure de contrôle et d'autorisation a récemment été supprimée pour la plupart des entreprises à participation étrangère avec la réforme du 1er octobre 2016, et le Projet de loi des investissements étrangers de 2015 a prévu d'instaurer une liste négative nationale (et probablement de supprimer le Catalogue d'orientation), afin de supprimer un des éléments principaux du régime juridique actuel qui empêche l'avènement du traitement national sur le territoire chinois.

657. Vers un tout nouveau régime des investissements directs étrangers. Le droit chinois des investissements directs étrangers est en constante évolution depuis sa conception en 1987. En effet, il s'agit de la branche qui a subi le plus de réformes législatives en Chine. Il est donc primordial pour les professionnels du droit de suivre constamment l'actualité juridique. En effet, depuis 2015, deux versions du Catalogue d'orientation et une réforme législative capitale, mais partielle sur le droit des investissements directs étrangers ont eu lieu. Les deux catalogues (2015 et 2017) illustrent une tendance libéralisatrice du marché national en ouvrant de plus en plus les secteurs d'industrie aux investissements étrangers. Puis la Réforme de 2016, conformément au principe du traitement national, a remplacé la

procédure de contrôle et d'autorisation des projets d'investissements directs étrangers par un système d'enregistrement des projets d'investissements directs étrangers. Certes, ces éléments récents ont su apporter des solutions à des difficultés du régime juridique des investissements étrangers, mais en raison du nombre de vices du droit positif, une réforme en profondeur est nécessaire. Le Projet de loi des investissements étrangers, publié par le Ministère du Commerce en 2015, a le potentiel d'effacer tous les défauts du régime actuel. Cependant, malgré les promesses du gouvernement, son futur demeure très incertain à l'heure actuelle, il faudra donc suivre les actualités de proche afin de connaître l'avenir du droit des investissements directs étrangers.

ANNEXE

LEXIQUE

Cet outil terminologique recense, par ordre du nombre de traits du premier caractère chinois, les principaux concepts du droit chinois des investissements directs étrangers et la traduction retenue par l'auteur.

Français	**Chinois**	***Pinying***
Abroger/annuler	廢止	*Fèizhǐ*
Abus de personnalité morale	濫用獨立人格	*Lànyòng dúlì réngé*
Acceptation	允諾	*Yǔnnuò*
Accord	協議	*Xiéyì*
Acte discriminatoire	歧視性作為	*Qíshì xìng zuòwéi*
Actif d'une société	資產	*Zīchǎn*
Action cotée	上市股份	*Shàngshì gǔfèn*
Action oblique	派生訴訟	*Pàishēng sùsòng*
Action subrogatoire	代位求償權	*Dàiwèi qiúcháng quán*
Action, part sociale, droits sociaux	股權/股份	*Gǔquán/Gǔfèn*
Actionnaire	股東	*Gǔdōng*
Actionnaire majoritaire	大股東	*Dà gǔdōng*
Actionnaire, associé	股東	*Gǔdōng*
Administration des industries et du commerce	工商行政管理局	*Gōngshāng háng zhèng guǎnlǐ jú*
Affaire (judiciaire)	個案/案件/案例	*Gè'àn/ànjiàn/ànlì*
Amender/amendement	修訂	*Xiūdìng*
Annulation	註銷	*Zhùxiāo*
Appel	上訴	*Shàngsù*
Application de la loi	法律的施行	*Fǎlǜ de shīxíng*
Apport en industrie	勞務出資	*Láowù chūzī*
Approuver, approbation	批准	*Pīzhǔn*
Arbitrage	仲裁	*Zhòngcái*
Arbitrage commercial international	國際商事仲裁	*Guójì shāngshì zhòngcái*

Archiver/enregistrer	審案	*Shěn àn*
Assemblée générale ordinaire/extraordinaire des actionnaires	股東大會立會/臨時會議	*Gǔdōng dàhuì lì huì hé línshí huìyì*
Attester/attestation	核簽	*Hé qiān*
Autoriser, autorisation	許可	*Xǔ kě*
Autoriser/autorisation	特准	*Tè zhǔn*
Autorité	權限	*Quánxiàn*
Autorité administrative compétente	公共主管當局	*Gōnggòng zhǔguǎn dāngjú*
Autorité d'enregistrement	審案機關	*Shěn àn jīguān*
Autorité législative	立法機關	*Lìfǎ jīguān*
Autorité suprême	最高效力	*Zuìgāo xiàolì*
Banqueroute, faillite	破產	*Pòchǎn*
Base juridique	法律根據	*Fǎlǜ gēnjù*
Bénéfice	利益	*Lìyì*
Capacité d'exercice	行為能力	*Xíngwéi nénglì*
Capacité de jouissance	權利能力	*Quánlì nénglì*
Capital social libéré	實繳資本	*Shí jiǎo zīběn*
Capital social minimum	最低資本	*Zuìdī zīběn*
Catalogue d'orientation des investissements étrangers	外商投資產業導向目錄	*Wàishāng tóuzī chǎnyè dǎoxiàng mùlù*
Certifier/certification	核證, 驗證	*Hé zhèng/yàn zhèng*
Cession de parts, d'actions, de droits sociaux	股權轉讓	*Gǔquán zhuǎnràng*
Citoyen	公民	*Gōngmín*
Clause contractuelle	條款	*Tiáokuǎn*
Comité de gestion conjointe	聯合管理委員會	*Liánhé guǎnlǐ wěiyuánhuì*
comité permanent	常務委員會	*Chángwù wěiyuánhuì*
Compensation	補償	*Bǔcháng*
Compensation étatique	國家賠償	*Guójiā péicháng*
Compétence consensuelle	協議管轄	*Xiéyì guǎnxiá*
Conciliation	和解	*Héjiě*
Concilier, conciliation	調解	*Tiáojiě*
Conférence politique consultative du people chinois	中國人民政治協商會議	*Zhōngguó rénmín zhèngzhì xiéshāng huìyì*
Conflit d'intérêts	利害關係/利益衝突	*Yǒu lìhài guānxì/Lìyì chōngtú*

Conflit de lois	衝突法規範	*Chōngtú fǎ guīfàn*
Congrès national du peuple	全國人民代表大會	*Quánguó rénmín dàibiǎo dàhuì*
Congrès régional du peuple	地方人民代表大會	*Dìfāng rénmín dàibiǎo dàhuì*
Conseil d'administration	董事會	*Dǒngshìhuì*
Conseil de surveillance	監事會	*Jiānshìhuì*
Conseil des affaires de l'État	國務院	*Guówùyuàn*
Contractual joint venture	合作經營企業	*Hézuò jīngyíng qǐyè*
Contrat	合同	*Hétóng*
Contrat commun	共同合約	*Gòngtóng héyuē*
Contrat d'associés	發起人協議	*Fāqǐ rén xiéyì*
Contrat écrit	書面合同	*Shūmiàn hétóng*
Contrat exprès/contrat tacite	明示合同/默示合同	*Míngshì hétóng yǔ mò shì hétóng*
Contrat verbal	口頭合同	*Kǒutóu hétóng*
Contribution au capital	出資	*Chūzī*
Contrôle judiciaire	司法審查	*Sīfǎ shěnchá*
Convention internationale multi/bilatérale	多邊/雙邊國際公約	*Duo/shuān biān guójì gōngyuē*
Coutume	習俗	*Xísú*
Créancier	債權人	*Zhàiquánrén*
Débiteur	債務人	*Zhàiwùrén*
Décision judiciaire	判定/判決	*Pàndìng/Pànjué*
Défendeur	被告人	*Bèigào rén*
Détenteur	持有人	*Chí yǒu rén*
Devoir	義務	*Yìwù*
Directeur	執行董事	*Zhíxíng dǒngshì*
Dirigeant	董事	*Dǒngshì*
Disposition législative	法例	*Fǎlì*
Dissolution	清算	*Qīngsuàn*
Dissolution	解散	*Jiěsàn*
Dividende	股息	*Gǔxí*
Domicile	住所	*Zhùsuǒ*
Dommage	損害	*Sǔnhài*
Dommage et intérêt	損害賠償	*Sǔnhài péicháng*
Douane	海關	*Hǎiguān*
Droit commun	基本法	*Jīběnfǎ*

Droit d'usage exclusif	專有使用權利	*Zhuān yǒu shǐyòng quánlì*
Droit d'utilisation du sol	土地使用權	*Shǐyòng quán*
Droit de préemption	優先購買權利	*Yōuxiān gòumǎi quánlì*
Droit de propriété	所有權	*Suǒyǒuquán*
Droit de vote	表決權	*Biǎojuéquán*
Droit international public/privé	國際公/私法	*Guójì gōng/sī fǎ*
Droit légalement acquis	合法權益	*Héfǎ quányì*
Droit matériel	實體法	*Shítǐ fǎ*
Droit national	本國法律	*Běnguó fǎlǜ*
Droit positif	現行法例	*Xiànxíngfǎ lì*
Droit procédural	程序法	*Chéngxù fǎ*
Droit réel	物權	*Wù quán*
Droit, privilège	權利	*Quánlì*
Durée du mandat	任期	*Rènqí*
Économie contrôlée par l'État	國有經濟	*Guóyǒu jīngjì*
Économie du marché socialiste	社會主義市場經濟	*Shèhuì zhǔyì shìchǎng jīngjì*
Engagement de l'OMC	入市承諾	*Rùshì chéngnuò*
Entreprise à participation étrangère	外商投資企業	*Wàishāng tóuzī qǐyè*
Entreprise d'État	國有企業	*Guóyǒu qǐyè*
Entrer en vigueur	生效	*Shēngxiào*
Equity joint venture	合資經營企業	*Hézī jīngyíng qǐyè*
État d'accueil	接受國/接待國	*Jiēshòu guó/jiēdài guó*
État de droit	法治	*Fǎzhì*
État parti	公約國	*Gōngyuē guó*
État unitaire	單一制國家	*Dānyī zhì guójiā*
Ex aequo et bono	公平合理的原則	*Gōngpíng hélǐ de yuánzé*
Exécuter	簽立	*Qiān lì*
Faux apport en capital	虛假出資	*Xūjiǎ chūzī*
Fin	終止	*Zhōngzhǐ*
Fondateur (société)	發起人	*Fāqǐ rén*
Force majeure	不可抗力	*Bùkěkànglì*
Formation du contrat	合同成立	*Hétóng chénglì*
Franchise, licence	專利	*Zhuānlì*
Fraude, tromperie/contrainte	欺詐/脅迫	*Qīzhà/xiépò*

Fusionner, fusion	合併	*Hébìng*
Garantie	保證	*Bǎozhèng*
Garantir, garantie, sûreté	擔保	*Dānbǎo*
GATT	關稅貿易總協定	*Guānshuì màoyì zǒng xiédìng*
Generalia specialibus non derogant	特別法優於普通法	*Tèbié fǎ yōu yú pǔtōng fǎ*
Gouvernance d'entreprise	公司治理	*Gōngsī zhìlǐ*
Gouvernement central populaire	中央人民政府	*Zhōngyāng rénmín zhèngfǔ*
Hiérarchie des normes	法的位階	*Fǎ de wèijiē*
Hypothèque	抵押	*Díyā*
Identité	身分	*Shēnfèn*
Incorporer	成立	*Chénglì*
Informer	告發	*Gàofā*
Insolvable	無力償債	*Wúlì cháng zhài*
Institution arbitrale	仲裁機構	*Zhòngcái jīgòu*
Intenter une action en justice	起訴	*Qǐsù*
Intention réelle des parties	真實意思	*Zhēnshí yìsi*
Intérêt	權益	*Quányì*
Intérêt public	公眾利益	*Gōngzhòng lìyì*
Interprétation judiciaire	司法解釋	*Sīfǎ jiěshì*
Investissement	投資	*Tóuzī*
Investisseur étranger	國外投資者	*Guó wài tóuzī zhě*
Judiciaire	司法	*Sīfǎ*
Jugement	判決書	*Pànjuéshū*
Juridiction exclusive	專屬管轄	*Zhuānshǔ guǎnxiá*
Juste et équitable	公正公平	*Gōngzhèng gōngpíng*
la Constitution	憲法	*Xiànfǎ*
La Cour Populaire Suprême	人民最高法院	*Rénmín zuìgāo fǎyuàn*
Législation déléguée	委通立法	*Wěi tōng lìfǎ*
Levée du voile social	揭開公司面紗	*Jiē kāi gōngsī miànshā*
Lex delicti	侵權地方	*Qīnquán dìfāng*
Lex loci rei	物所在地法	*Wù suǒzàidì fǎ*
Lex personalis	屬人法	*Shǔ rén fǎ*
lex voluntatis	當事人自願選擇的法	*Dāngshìrén zìyuàn xuǎnzé de fǎ*
Licence	執照	*Zhízhào*

Licence d'exploitation	營業執照	*Yíngyè zhízhào*
Liquidation	清盤	*Qīngpán*
Litige	爭端	*Zhēngduān*
Litige	糾紛	*Jiūfēn*
Loi	法律	*Fǎlǜ*
Loi applicable	準據法	*Zhǔn jù fǎ*
Lois et règlements administratifs	行政法規	*Xíngzhèng fǎguī*
Magistrat	法官	*Fǎguān*
Mandat, mandater	委託	*Wěituō*
Marque	商標	*Shāngbiāo*
Mesure exécutive	行政命令	*Xíngzhèng mìnglìng*
Mesure locale	地方規章	*Dìfāng guīzhāng*
Ministère des Affaires étrangères et de la Coopération économique	對外貿易經濟合作部	*Duìwài màoyì jīngjì hézuò bù*
Ministère du Commerce	商務部	*Shāngwù bù*
Modification	更變	*Gèng biàn yǔ zhuǎnzhàng*
Nullité	無效	*Wúxiào*
Obligation contractuelle	合約訂明的義務	*Héyuē dìng míng de yìwù*
Obligatoire	強制性	*Qiángzhì xìng*
Offre	邀約	*Yāoyuē*
Opposabilité	約束力	*Yuēshù lì*
Ordonner/Ordre	命令	*Mìnglìng*
Ordre public	公共秩序	*Gōnggòng zhìxù*
Organe collégial	合議體	*Héyì tǐ*
Parti communiste chinois	中國共產黨	*Zhōngguó gòngchǎndǎng*
Participation majoritairement détenue par le partenaire chinois	中方持有多數股份	*Zhōngfāng chí yǒu duōshù gǔfèn*
Parties au litige	當事人	*Dāngshìrén*
Patrimoine	財產	*Cáichǎn*
Pays d'accueil	東道國	*Dōngdàoguó*
Personnalité morale	法人人格	*Fǎrén réngé*
Personne ayant le contrôle effectif de la société	公司實際控制人	*Gōngsī shíjì kòngzhì rén*
Personne morale	法人	*Fǎrén*
Personne physique	自然人	*Zìránrén*

Perte	虧損	*Kuīsǔn*
Perte financière	經濟損失	*Jīngjì sǔnshī*
Plainte	投訴	*Tóusù*
Pouvoir	權力	*Quánlì*
Pouvoir législatif	立法權限	*Lìfǎ quánxiàn*
Pratique des affaires	貿易慣例	*Màoyì guànlì*
Précédent	先例/判例	*Xiānlì/pànlì*
Président	國家主席	*Guójiā zhǔxí*
Principe d'équité	公平原則	*Gōngpíng yuánzé*
Principe de la bonne foi	誠信原則	*Chéngxìn yuánzé*
Principes généraux du droit civil	明法通則	*Míng fǎ tōngzé*
Privilège	特權	*Tèquán*
Profit	利潤	*Lìrùn*
Catégories d'investissements étrangers encouragées, restreintes et prohibées	鼓勵，限制，禁止外商投資的項目	*Gǔlì, xiànzhì, jìnzhǐ wàishāng tóuzī de xiàngmù*
Projet de loi	法案	*Fǎ'àn*
Projet de loi	草案	*Cǎo'àn*
Propriétaire	所有人	*Suǒyǒu rén*
Propriété intellectuelle	知識財產權	*Zhīshì cáichǎnquán*
Rapports financiers et comptables	財務會計報告	*Cái wù kuài jì bào gào*
Recours juridictionnel	訴訟	*Sùsòng*
Région autonome	自治區	*Zìzhìqū*
Règlement d'application	實施條例	*Shíshī tiáolì*
Règlement local	地方法規	*Dìfāng fǎguī*
Règlements ministériels	部門規章	*Bùmén guīzhāng*
Règles	規定	*Guīdìng*
Requérant	原告人/原訴人	*Yuángào rén/Yuánsù rén*
Résolution ordinaire/extraordinaire	普通/特別決議	*Pǔtōng/tèbié juéyì*
Résolution, résiliation du contrat	合同解除	*Hétóng jiěchú*
Responsabilité civile	民事責任	*Mínshì zérèn*
Responsabilité conjointe	共同有責	*Gòngtóng yǒu zé*
Responsabilité conjointe	負共同法律責任	*Fù gòngtóng fǎlǜ zérèn*
Responsabilité juridique	法律責任	*Fǎlǜ zérèn*
Responsabilité personnelle	個人法律責任	*Gèrén fǎlǜ zérèn*

Retrait illicite du capital social	抽逃出資	*Chōutáo chūzī*
Révoquer, annuler, résoudre	撤銷	*Chèxiāo*
Révoquer/abolir	廢除	*Fèichú*
Sceau de l'entreprise	法團印章	*Fǎ tuán yìnzhāng*
Sécurité étatique	國家安全	*Guójiā ānquán*
Sentence arbitrale	裁決	*Zhòngcái cáijué*
Signer	簽署	*Qiānshǔ*
Société à risque limité	有限法律責任的公司	*Yǒuxiàn fǎlǜ zérèn de gōngsī*
Société à risque limité par actions	股份有限公司	*Gǔfèn yǒuxiàn gōngsī*
Société cotée en bourse	上市公司	*Shàngshì gōngsī*
Société par actions	股份有限公司	*Gǔfèn yǒuxiàn gōng*
Sociétés	公司	*Gōngsī fǎ*
Soumettre (un dossier)	呈交	*Chéng jiāo*
Source de la loi	法律淵源	*Fǎlǜ yuānyuán*
Souveraineté	主權	*Zhǔquán*
Statuts (société)	章程	*Zhāngchéng*
Système de droit	法律系統	*Fǎlǜ xìtǒng*
Tierce personne, tiers	第三人	*Dì sān rén*
Traité international	國際公約	*Guójì gōngyuē*
Traitement national	國民待遇	*Guómín dàiyù*
Traitement réciproque	互惠待遇	*Hùhuì dàiyù*
Transitoire	過渡性	*Guòdù xìng*
Tribunal populaire	人民法院	*Rénmín fàn*
Validité, effet du contrat	合同效力	*Xiàolì*
Veto	否決	*Fǒujué*
Vice	瑕疵	*Xiácī*
Violation contractuelle	違約	*Wéiyuē*
Vote	投票	*Tóupiào*
Vote unanime	一致同意	*Yīzhì tóngyì*
Wholly foreign-owned enterprise	外資企業	*Wàizī qǐyè*

INDEX

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES EN LANGUE FRANÇAISE

AGLIETTA (M.) et LANDRY (Y.), *La Chine, vers la surpuissance*, Paris, Economica, 2007

ARFAZADEH (H.), *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation une théorie critique des sources du droit des relations transnationales*, Bruylant, 2005

BAPTISTA (L.-O.) et **DURAND-BARTHEZE (P.)**, *Les associations d'entreprises (joint-ventures) dans le commerce international,* Paris, L.G.D.J., 1986

BEAUMONT (B.), et **MARCUS (H.),** *Chinese international commercial arbitration*, Londres, Simmonds&Holl, 1994

Bergère (M.-C.), *Capitalismes et capitalistes en Chine du XIXe au XXIe siècle*, Paris, Perrin, 2007.

Chine, le nouveau capitalisme d'État, Paris, Fayard, 2013

BEYDON (O.), *Introduction à la pensée juridique chinoise*, Louvain, Larcier 2015

CABESTAN (J.-P.), *La politique internationale de la chine : entre intégration et volonté de puissance*, paris, Sciences Po les presses, 2e éd., 2013

Le système politique de la République populaire de Chine, Paris, Presses de Sciences Po, 2e éd., 2015

CHEN (H.), *Les traités bilatéraux d'investissements conclus par la chine*, Thèse paris I, 2009

COHEN (J. A.), *Arbitration in China: a practical guide*, Sweet & Maxwell Asia, 2004

COISPEAU (O.), LUO (S.), CHOW (J.) et **YU (S.)**, *Partenariats, fusions et acquisitions en Chine,* Paris, Séfi, 2012.

DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOZI (C.) et **GORE (M.)**, *Les grands systèmes de droits contemporains,* Paris, Dalloz, 2016.

ESCARRA (J.), *La Chine, passé et présent*, Paris, Armand-Colin, 1937.

Le droit chinois, Paris, Sirey, 1936.

FOUCHARD (P.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*, Kluwer law international, 1999.

GALETTI (C.), *Joint-Venture : de la conception à la réalisation*, Paris, Édition d'Organisation, 1991.

GAMBARO (A.), SACCO (R.) et VOGEL (L.), *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris, L.G.D.J. 2011.

GUINCHARD (S), *Droit et pratique de la procédure civile : droits interne et de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014.

KESSEDJIAN (C.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement : colloque tenu le 8 décembre 2010, à Paris*, Panthéon-Assas, 2011

LE TOURNEAU (P.), *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle : contrats internationaux*, Paris, LexisNexis, 2e éd., 2016

LEBEN (C.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, Paris, Anthemis, 2006

LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération : Contribution à la théorie générale du contrat*, Paris, Economica, 2012

ONGUENE (O.) et **DIEUDONNE (E.)**, *La compétence en arbitrage international relatif aux*

investissements : les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI, Paris, Bruylant, 1er éd., 2012
PIQUET (H.), *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Paris, Bruylant, 2005.
PIRONON (V.), *Les joint-ventures : Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Paris, Dalloz, 2004
QIANG (Z.), *La régulation des marchés financiers en chine : étude comparative des systèmes de régulation chinois, français et américain,* Thèse Paris I, 2009
SERAGLINI (C.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013
TAO (J.), *Droit chinois des affaires, Paris,* Economica, 1999
TORNASSAT (J.)*, Les accords internationaux de société commune et de partenariat : une étude comparative*, Thèse Paris I, 2000
TSIEN (T.-H.), *Le droit chinois,* PUF, 1982
WANG (W.), *Le contrôle de constitutionnalité en Chine au regard de l'expérience française*, Marseille, Press Universitaire d'Aix-Marseille, 2014
WILLEMS (J.), *Les contrats de joint-ventures sino-étrangères devant l'arbitre international,* Louvain, Larcier, 2015
ZHANG (L.), *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en Chine : éléments d'analyse comparée des contentieux administratifs chinois et français*, Paris, Bruylant, 2009
ZHANG (S.), *L'influence du droit uniforme sur le droit chinois des contrats : étude de droit comparé*, Paris, paf, 2007

II. OUVRAGES EN LANGUE ANGLAISE

CHEN (J.), *Chinese law: context and transformation*, Martinus Nijhoff Publishers, 2015
CHEN (W.-Q.), *Investing in China: legal perspectives,* Hong Kong, Lexisnexis, 2003
CHEN (Y.-T.), *Overview of Chinese economic reforms: initiatives, approaches and consequences*, colloque tenu le 28-29 septembre 2005, à Taiwan, disponible sur http://nccur.lib.nccu.edu.tw/bitstream/140.119/61424/1/20050918.pdf
CHOW (D.) et **HAN (A.)**, *Doing Business in China—Problems, Cases, and Materials*, American Casebook Series, 2012
CORDERO-MOSS (G.), *International commercial arbitration: different forms and their features*, Cambridge University press, 2013.
CROFT (C. E.), *A guide to the UNCITRAL arbitration rules*, Cambridge University Press, 2013
FAN (K.), *Arbitration in China: a legal and cultural analysis*, Hart publishing, 2013.
JING (Y.), *Foreign Investment: Law and Practice in China*, Law Press China, 2013.
KAPLAN (N.), *Hong Kong and China arbitration: cases and materials*, Butterworths, 1994.
KELLER (P.), *Law and the market economy in China,* Ashgatec, 2011.
KIRBY (W.) et HUANG (Y.), *Selling China: Foreign Direct Investment During the Reform Era*, Cambridge University Press, 2002
LUBMAN (S.), *Bird in a Cage: Legal Reform in China After Mao*, Stanford University Press, 1999
MAHONY (T.), *Foreign Investment Law in China: Regulation, Practice and Context*, Tsinghua University Press, 2015
MOFCOM*, Invest in China*, Pékin, China commerce and trade press, 2014.

MOORE (J. N.), *International arbitration: contemporary issues and innovations,* Martinus Nijhoff Publishers, 2013
PEERENBOOM (R.), *China's Long March Toward Rules of Law*, Cambridge University Press, 2002
PERKINS (D. H.), *China's Modern Economy in Historical Perspective*, Stanford University Press, 1975.
PRESCOTT (D.), *Joint ventures in the international arena, Section of International Law and Practice*, American Bar Association, 2003
SHAN (W.), *China and International Investment Law: Twenty Years of ICSID Membership*, Martinus Nijhoff Publishers, 2015
Chinese investment treaties: politics and practice, Oxford University Press, 2009.
RISKIN (C.), *China's Political Economy: The Quest for development since 1949*, Oxford University Press, 1987
TAO (J.), *Arbitration law and practice in China*, Kluwer Law International, 2004
VON WUNSCHHEIM (C.), *Enforcement of commercial arbitral awards in China: business laws of China*, Thomson West, 2011
WANG (G.), *International Investment Law: a Chinese Perspective*, Routledge, 2015
WANG (K.-K.), *Legal developments in China: market economy and Law*, Sweet&Maxwell, 1996
WONG (J.), *Understanding China's Socialist Market Economy*, Times Academic Press, Singapore, 1993
WOO (M. Y. K.) et **GALLAGHER (M. E.)**, *Chinese Justice, Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, 2011
YANNACA-SMALL (K.), *Arbitration under international investment agreements: a guide to the key issues*, Oxford University Press, 2010
YAP (P.-J.), *Constitutional dialogue in common law Asia,* OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2015
YU (G.), *The Development of the Chinese Legal System: Change and Challenges,* Routledge, 2011
ZHANG (J.), *The tradition and modern transition of Chinese law*, Berlin, sprinter, 2014
ZIMMERMAN (J. M.), *China Law Deskbook: a Legal Guide for Foreign-Investment Enterprises,* 3e éd., American Bar Associations, 2010

III. OUVRAGES EN LANGUE CHINOISE

丁偉, *經濟全球化與中國外資立法完善*, 法律出版社, 2004
上海市第一中級人民法院民四庭, *涉外商事審判疑難案例解析*, 上海交通大學出版社, 2012
王文杰, *嬗變中之中國大陸法制*, 國立交通大學出版社, 2012
王玉虎, *經濟發展與法律制度變遷研究—以中國經濟改革與法律發展為視角*, 中國檢察出版社, 2009
王開定, *外商投資法律政策規範集成與中點解讀*, 中國法治出版社, 2010
朱公衛, *投資中國各行情證審批流程圖*, 對外經濟貿易大學出版社, 2010
吳承明, 帝國主義在就中國的投資, 人民出版社, 1955
朱羿锟, *中國法概論*, 法律出版社, 2007
朱崇實, *中國外資法研究：在ＷＴＯ背景下的思考*, 廈門大學出版社 », 2005
呂鐵貞, *近代外商來華投資法律制度*, 法律出版社, 2009
李玉基, *法學導論*, 法律出版社, 2013
李國本, *經濟法概論*, 中國人民大學出版社, 2007
李壽雙, *中國外商投資法律環境與風險*, 中國法制出版社, 2006
周波, *外商投資技業設立法務操作全程指引*, 法律出版社, 2007

武增, *中華人民共和國立法法簡解牘*, 中國法治出版社, 2015
法律出版社法規中心, *中華人民共和國外商投資法律法規全書*, 法律出版社, 2012
姚梅鎮, *外商投資繼業法教程*, 法律出版社, 1997
孫磊, *法治經濟-市場經濟化的法治道路*, 人民出版社, 2014
孫巍, *中國商事仲裁法律與實務*, 北京大學出版社, 2011
席月民, *法律與經濟- 中國市場經濟法治建設的反思與創新*, 中國社會科學出版社, 2013
起草人, *中國境外直接投資法：立法建議稿及理由*, 法律出版社, 2015
張小濟, *外商投資與自主創新：政策與案例*, 對外經濟貿易大學出版社, 2011
張中秋, *中西法律文化比較研究*, 法律出版社, 2015
張春生, *地方立法的理論欲實踐*, 法律出版社, 2015
張風翔, *中外合資企業公司法糾紛難點與審判分析*, 法律出版社, 2010
張國平, *外商直接投資的理論與實踐*, 法律出版社, 2009
富蘭德林事業群, *中國外資公司設立法律實務*, 富蘭德林, 2012
曾華群, *WTO與中國外資法的發展*, 廈門大學出版社, 2006
湯樹梅, *外商投資股份公司法律問題研究*, 中國人民大學出版社, 2004
焦志勇, *中國外商投資法新論*, 對外經濟貿易大學出版社, 2010
楊幼炯, *近代中國歷史法*, 中国政法大學出版社, 2010
楊慧芳, *外資待遇法律制度研究*, 中國人民大學出版社, 2012
楚永生, *跨國公司在華直接投資獨資化趨勢研究*, 人民出版社, 2007
萬鄂湘, *最高人民法院關於審理外商投資企業糾紛案件若干問題的規定*, 法治出版社, 2010
雷磊, *法律體系、法律方法與法治*, 中国政法大學出版社, 2016
趙相林, *外商投資法律實務*, 中信出版社, 2002
劉豐名, *股份公司与合資企業法*, 中国政法大學出版社, 2001
蔡會明, *在華國際合資企業中母公司控制欲績效關係研究*, 法律出版社, 2009
韓大元, *中國憲法*, 法律出版社, 2004
譚世貴, *中國司法制度*, 法律出版社, 2013

III. ARTICLES EN LANGUE FRANÇAISE

BORDE (D.), « Les sociétés à capitaux mixtes », *RDAI*, 1993, p. 537.
CABESTAN (J. P.), « l'impact international de la réforme juridique en Chine », *Politique et Société,* vol. 25, n° 2-3, 2006, pp. 105-19.
CABESTAN (J.-P.), « Un État de lois sans État de Droit », *Tiers-Monde*, t. 37, n° 147, 1996, pp. 649-69.
CALVO (J.), « La pratique internationale des joint-ventures », *Petites Aff.*, 16 mars 1990, p. 10.
CHOUKROUNE (L.), « Chine-OMC : l'État de droit par l'internationalisation ? », *Actualité et soir international*, mars 2002.
« L'internalisation du droit chinois des affaires », *RDAI*, 2003, n° 5, pp. 503–523.
CHRISTENSEN (T.), DONG (L.), « La réforme administrative au sein de l'administration centrale chinoise — l'importance de l'inspiration occidentale », *Cairn*.
DAVID (N.), « Les entreprises conjointes : quelques problèmes pratiques », *JDI*, 1988, p. 37.
DELMAS-MARTY (M.), « La construction d'un État de droit dans la Chine d'aujourd'hui. Avancées et résistances », *D.*, 2002, n°32, p. 2484.
« La construction d'un État de droit en Chine dans le contexte de la mondialisation », *in La Chine et la démocratie,* Delmas-Marty et (P.-E.) Will (dir.), Paris, Fayard, 2007.
DOLAIS (Y.), « Regard extérieur sur la hiérarchie des normes en droit chinois », in *Un nouveau regard sur le droit chinois*, Paris, Société de Législation comparée, 2008, p. 21.

GU (Q. H.), « Les principaux recours dans le règlement des différends relatifs aux investissements étrangers en Chine », *Les cahiers de droit,* vol. 37, n° 3, 1996, pp. 913-850.

GULLY (H.), « Les investissements à l'étranger permettent à la Chine d'acquérir des savoir-faire », *Les Échos*, 3 janvier 17.

HAN (Z.), « la législation chinoise sur les investissements étrangers et son évolution », *Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 3, 1996, pp. 799-811.

ISSALYS (P.) et QI (X.), « Le processus législatif et la technique législative en Chine »*, Les Cahiers de droit*, vol. 37, n° 3, 1996, pp. 653-705.

LI (X.-P.), « L'esprit du droit chinois : perspectives comparatistes », *RID comp*., 1997, p. 7

« La civilisation chinoise et son droit », *RID comp*., 1999, p. 505.

LI — KOTOVTCHIKHINE (X. Y.), « Pragmatisme juridique et développement économique dans La Chine post-Mao », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 62 n° 4, 2010, pp. 931-952.

« Pragmatisme juridique et maintien de la stabilité en Chine post-mao », *Revue internationale de droit comparé,* vol. 64 N° 1, 2012, pp. 115-136.

PAIREAULT (T.), « Xinyong, l'expression de la confiance en Chine », *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, 1996, pp. 397-400.

ROUGIER-BRIERRE (G.), « Spécificité de la négociation et de la négociation contractuelle en Chine », *RDAI*, 2007, pp. 159-170.

ROUSSEAU (Y.), « Le conflit commercial entre Danone et son grand associé chinois s'enlise »*, Les Échos,* 16 janvier 2009.

ROUX (P.), « Prévenir et gérer les conflits entre partenaires d'une joint venture », *Droit et patrimoine*, mai 1997, pp. 24-28.

SAGOT (J.), Numéro spécial : La Chine et le droit en 2008, *Gazette du palais*, n°172-173, 2008.

Numéro spécial : La Chine et le droit, *Gazette du palais*, n°183-185, 1995.

ZHANG (H.K.), « Droit économique chinois concernant les investissements étrangers », *Cah. jur. fisc. exp.,* 1992, pp. 985 et s.

ZHOU (J.), « De l'équité dans l'office du juge en Chine contemporaine », *Les cahiers du droit*, vol. 53, n° 2, 2012, p. 349-381.

IV. ARTICLES EN LANGUE ANGLAISE

ALBERT (D.), "Addressing Abuse of the corporate entity in the People's Republic of China: new thoughts on China's need for a defined veil piercing doctrine", *University of Pennsylvania Journal of International and Economic Law*, vol. 23, n° 4, 2002, pp. 873–897.

BACK (D.), NEWMAN (A. L.) et WEBER (S.), "The International Implications of China's Fledgling Regulatory State: From Product Maker to Rule Maker", *New Political Economy*, vol. 11, N° 4, December 2006, pp. 499–518.

BEAMISH (P. W.) et WANG (H. Y.), « Investing in China via joint ventures », *MIR*, vol. 29, n° 1, 1989, pp. 57-64.

BEAMISH (P. W.), "*The characteristics of joint ventures in developed and developing countries", Columbia Journal of World Business,* 20 (3), 1985, pp. 13–19.

BORDONJON (J.) et HOFMANN (D.), "The re-emergence of the Joint-venture?", *The China Business Review*, May-Jun 2008, p. 32.

BRANSFIELD (S.) et SCHLUETER (D.), "When joint ventures go bad", *The China Business Review*, vol. 31, n° 5, September October 2004, pp. 24–27.

CAI (H.) et TREISMAN (D.), "Did government decentralization cause China's economic miracle?", *World Politics,* vol. 58, n° 4, 2006, pp. 505–535.

CALANTONE (R. J.) et ZHAO (Y. S.), "Joint ventures in China: a comparative study of Japanese, Korean and U.S. partners", *Journal of international* marketing, vol. 9, n°1, 2001, pp. 1-23.

CHAN (K. D. C.), DU (Y.), BLUMENTAL (D. M.), « China: Deregulation of the foreign direct investment regulatory regime », *Lexology*, 15 septembre 2016.

CHANDLER (A.), "BIT's, MFN treatment and the PRC: the impact of China's ever evolving bilateral investment treaty practice", *The International Lawyer*, vol. 43, 2009, pp. 1301–1310.

CHANG (W.), "Classical Chinese jurisprudence and the development of the Chinese legal system", *Tsinghua China Law Review*, vol. 2, 2009, p. 207.

CHEN (L.) et KIELSGARD (M. D.), "Evolving property rights in China: patterns and dynamics of condominium governance", *The Chinese journal of comparative law,* vol. 2, n° 3, 2014, pp. 21–42.

CYMROT (M.), "Investment disputes with China", *Dispute Resolution Journal*, vol. 61, n° 3, 2006, pp. 80–87.

DAUM (J.), « The Curious Case of China's Guiding Cases System », *China Law translate*, 2 février 2017, disponible sur http://www.chinalawtranslate.com/the-curious-case-of-chinas-guiding-cases-system/.

DENG (J.), "Building an investor-friendly shareholder derivative lawsuit system in China", *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005, p. 347.

DING (D. Z.), "Control, conflict, and performance: a study of U.S.-Chinese joint-ventures", *Journal of international* marketing, vol. 5, n° 3, 1997, pp. 31–45.

DUAN (W.), « On Legislation of China's Foreign-invested Enterprises», J*ournal of social sciences,* 2012-09, disponible sur http://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTOTAL-SHKX201209011.htm.

FAIRBANK (J.K.), *Trade and Diplomacy on the China Coast, The Opening of the Treaty Ports, 1842–1854*, vol. 1, Harvard University Press, 1953.

FAN (Z.) et TONG (J.), "The effectiveness of cross-cultural competence in joint ventures", *Journal of Donghua University*, vol. 22, n° 1, 2005, pp. 133 et s.

FOLTA (P.-H.), "Cooperative joint ventures", *The China Business Review*, January-February 2005, p. 18.

GINSBURG (T.), "Judicial Independence in East Asia: Implications for China", *University of Chicago Law School Working Paper*, 2010, disponible sur http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1172&context=public_law_and_legal_theory.

HADLEY (K.), "Do China's BITs matter? Assessing the effect of China's investment agreements on foreign direct investment flows, investors' rights, and the Rule of Law", *Georgetown Journal of International Law*, 2013, vol. 45, pp. 309.

HE (Q.), "Chronology of practice: Chinese practice in private international law in 2013", *Chinese journal of international law,* 2015, pp. 177–216.

HUANG (L.), "How to choose the best investment vehicle", *China Law & Practice, 5* June 2009.

HUI (H.), "The regulation of foreign investment in post-WTO China: a political economy analysis", *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 23-1,

LEWIS (I. K.) et WANG (E. X. D.), "China revises inbound foreign investment laws", *Lexology*, 9 September 2016.

LI (M. Q.), "Attracting foreign investment into the PRC, the Enactment of Foreign investment laws", *Singapour Journal of international & comparative law,* n° 4, 2000, pp. 159–193.

LI (R.), « Case law adopted by China? », *UK Constitutional Law*, disponible sur https://ukconstitutionallaw.org/2012/01/26/ruiyi-li-case-law-adopted-by-china/

LI (Z.-W.), « Impact of Implementation of the Real Right Act on the Title of Ships and the Relevant Laws », *Modern Law Science*, 2008-05, disponible sur http://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTOTAL-XDFX200805017.htm.

LIN (F.), "The future of judicial independence in China", *Center for judicial education and research*, City University of Hong Kong, Mai 2016, disponible sur http://www6.cityu.edu.hk/cjer/lib/doc/paper/WK2_The_Future_of_Judicial_Independence_in_China.pdf.

LIN (H.), "New Rules Guiding Foreign Investment", *China Law*, August 2002, pp. 100–102.

LIU (X.) et YANG (L.), « Redemption of Chinese arbitration? Comments on the civil procedure law (2012) and Free Trade Zone arbitration rules (2014)", *Chinese journal of international law,* 2014, pp. 653–662.

LOCKETT (H.), "China's anti-corruption campaign backfires", *The Financial Times Ltd.*, 9 October 2016.

LUBMAN (S.), "Looking for law in China", *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 20, n° 1, 2006, pp. 1–92.

LUO (Y.), "Business strategy, market structure, and performance of international joint-ventures: the case of joint-venture in China", *Management international* review, Vol. 35, nø3, 1995, pp. 241–264.

JIA (M.), "Chinese Common Law? Guiding Cases and Judicial Reform*", Harv. L. Rev.,* 2016, pp. 2213, disponible sur https://harvardlawreview.org/2016/06/chinese-common-law-guiding-cases-and-judicial-reform/.

MATTERI (U.), "Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems", *The American Journal of Comparative Law*, 1997, vol. 45, pp. 5–44.

MOLNAR(M), WANG (B.) ET CHEN (W.), "Corporate governance and firm performance in China", *OECD Economics department working paper, 11 October 2017.*

NORTON (P.) et HUANG (L.), "Management Fraud In China: Some Common Sense Tips On How To Avoid Falling Victim To Fraud In Your China Venture", *The China Business Review*, March-April 2001, pp. 26 et s.

NOVARETTI (S.), "General clauses and practices: the use of the principle of good faith in the decisions of Chinese Courts' contracts", *European Review of Private Law*, vol. 18, n° 5, 2010, pp. 953–981.

O'BRIEN, « The survival of traditional Chinese Law in the People's Republic of China », *Hong Kong Law Journal,* vol. 40, 2010, pp. 165 et s.

PEERENBOOM (R.) et XU (S.), "Liquidating FIEs through arbitral awards", *China Law & Practice*, June 2000, pp. 52–53.

"The battle over in legal reforms in China: Has there been a turned against the law?", *The Chinese Journal of comparative law*, vol. 2, N° 2, 2014, pp. 188–212

POHL (J.), MASHIGO (K.) et NOHEN (A.), "Dispute settlement provisions in international investment agreements a large sample survey*", OECD Working Papers on International Investment*, 2012/02, OECD Publishing. Disponible sur http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en.

POTTER (P. B.), "Investment Law in the People's Republic of China: Dilemmas of State Control", *The China Quarterly*, No. 141, mars 1995, pp. 155–185.

POUND (R.), "Comparative Law and History as Bases for Chinese Law", *Harvard Law Review*, vol. 61, N° 5 May 1948, pp. 749–762.

QIN (R.), "Retrospective and perspective of foreign investment legislation in China (1979–2009)", *Frontier of Law China*, vol. 6 (1), 2011, pp. 131–160.

RICH (F. C.), "Joint-ventures in China: the legal challenge", *International Lawyer*, 1981, pp. 183–211.

SONG (X.-X.), "Impact on the Laws of Enterprises with Foreign Investment in China Acceded to WTO", *Foreign Economies and Management,* 2000-06, disponible sur http://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTOTAL-WGJG200006000.htm.

STEIN (S. H.), "*The Growing Significance of Cases in China: The Guiding Cases System"*, *Stanford Law School China Guiding Cases Project*, May 5, 2017, disponible sur http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/20-sidney-stein.

SURREY (W. S.) et SOBLE (S.M.), "Joint venture law and dispute resolution in China: a framework for international trade", *East Asian Executive Reports*, vol. 1, n° 3, 1979, pp. 14–17.

WANG (C.), "Law-making functions of the Chinese court courts: judicial activism in the country of rapid social changes", *Front Law China*, vol. 3, 2006.

WANG (X.G.), "A Jurisprudential Pensive Research on the Relationship Between the International Law and the National Law—With Regard to the Similar Ideas of Asian Countries", *Modern Law Science,* 2001-01. Disponible sur http://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTOTAL-XDFX200101001.htm.

WANG (Z.), "Understanding transition in China: domestic tensions, institutional adjustment and international forces", Princeton University Press, Disponible sur http://www.princeton.edu/~pcglobal/conferences/beijing08/papers/Wang.pdf

WILLEMS (J.), "The settlement of investor state disputes and the PRC: new developments on ICSID jurisdiction", *South Carolina Journal of International Law & Business*, vol. 8, 2011, pp. 1–62

WOLFF (L.-C.), "China's private international investment law: one way street into pre-law?", *The American journal of comparative law*, vol. 56, n° 4, 2008, pp. 1039–1073.

"Pathological foreign investment projects in China: patchwork or trendsetting by the supreme People's Court?", *The international lawyer*, vol. 44, N° 3, 2010, pp. 1001–1018

WU (B.), "The Major Significance and Basic Experience of Shaping Socialist Legal System with Chinese Characteristics", *China Copyright and Media Wordpress*, 24 janvier 2011

XU (C.), "From Sino-foreign Equity Joint Venture to Sino-foreign Joint Venture Company: Variety of Internal Organization System", *TRIBUNE OF POLITICAL SCIENCE AND LAW*, 2000-05, disponible sur http://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTOTAL-ZFLT200005012.htm.

YANG (F.), "Applicable Laws to arbitration agreements under current arbitration law and practice in Mainland China", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, 2014, pp. 741–754

ZHAO (L.-P.), "The Legal Analysis of Favorable Policy on Foreign Investment in China", *Journal of Chongqing Vocational & Technical Institute,* 2003-02, disponible sur http://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTOTAL-CQZB200302034.htm.

V. ARTICLES EN LANGUE CHINOISE

王文杰, « 中國中外合資經營企業法暨實施條例修正之評析 », *Taiwan Bar Journal*, vol. 10, N°5, octobre 2001, pp. 4-14
«中華人民共和國外商投資企業的發展新動態 », *Taiwan Law Review*, vol. 14, Juillet 1996, pp. 76–80
« 外商投資中國大陸法律糾紛之類型—以關於審理外商投資企業糾紛案件若干問題的規定為中心 », 中國大陸法治研究, vol. 21, 2013, pp. 89-142
« 外國投資者併購中國境內企業相關法之研究 », *中國大陸法治研究*, 1-76頁
«外資併購中國大陸企業的法治環境分析 », *Cross-straight Law Review,* N° 33, septembre 2011, pp. 58–75.
« 大陸外商投資企業法律體系之變遷與進入ＷＴＯ後之調整 », *Taiwan Bar Journal*, vol. 9, N°4, septembre 2000, pp. 44-53.
«大陸保稅區法制評析 », *Public Finance Review*, vol. 37, n° 4, 07/2005, pp. 71–80.
王宁博, « 外商投資企業股權轉讓合同效力相關問題探究 », *Law and Society*, vol. 4, N° 10, 2015, pp. 93–94.
王立峰, «中国案例指导制度的 必要性和功能 », *中国指导性案例项目*, 15 octobre 2013, disponible sur https://cgc.law.stanford.edu/commentaries/9-professor-wang.
王江雨, « 大國崛起背景下的開放性外資法制 », *China Law Review*, vol. 1, 2015, pp. 60-64, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2970411.
王晨光, « 制度构建与技术创新——我国案例指导制度面临的挑战 », *中国指导性案例项目*, 1/02/2012, disponible sur https://cgc.law.stanford.edu/commentaries/2-professor-wang.
王嵩山, « 對中外合資企業外商投資的法律保護 (The Legal Protection of Foreign Investment in Chinese—Foreign Joint Ventures) », *China Legal Science*, vol. 1, 1986, pp. 12–16
任建新, « 我國涉外經濟貿易合同立法的幾個問題 », *China Legal Science*, vol. 1, 1984, pp. 113–121
任清, « 外國投資法草案中的三個關鍵詞 », *China Law Review,* 2015, vol. 1, pp. 70–78
刘德良, « "指导性案例"的功能及其选择标准 »,*China Guiding Cases Project*, Oct. 1, 2012, disponible sur https://cgc.law.stanford.edu/commentaries/5-professor-liu.
衣淑玲, « 試論ＷＴＯ法的正當性問題 », *Journal of Gansu Institute of Political Science and Law,* N° 91, mars 2007, pp. 89–96
何海瓊, « 中外商業法語網站比較分析 », *Information and Research of Legal Literature*, vol. 3/4, 2012, pp. 37–49
吳一鳴, « 外國投資（法草案徵求意見稿）若干問題探討 », *Journal of Heilongjiang Administrative Cadre College of Politics and Law*, vol. 117, n° 6, 2015, pp. 135–137
吳頻，王紅霞, « 中國雙向國際投資對策 », *China finance,* vol. 3, 2015, pp. 37-39, disponible sur http://cnfinance.cn/magzi/2015-02/10-20926.html.
李洪濤, « 外商投資結構調整正當時 », 中國外資, vol. 1, 2016, pp. 34–36
李艷娜, « 新外國投資法下ＶＩＥ結構投資模式的法律解讀 », *China Foreign Trade,* pp. 36–37
沈榮華, « 論文地方政府規章的制定權限 », *Administrative Law Review*, vol. 1, 2000, pp. 14–18
孟小龍, « 中國（上海）自貿區外商投資企業備案管理研究 », *Journal of ShangHai University of Political Science and Law*, vol. 29, N° 4, 07/2014, pp. 40–45.
徐芳, « 論我國新型外國投資訴訟調解處理機構的構建 (On the construction of the new mechanism of coordination and handling complaints about foreign investment in China) », *Hebei Law Science*, vol. 34, n°2, février 2016, pp. 45-54.
欧泽林, « 论中国特色案例指导制度: 以指导案例1号结合审判实践为切入点 », *中国指导性案例项目*, 2/05/2012, disponible sur https://cgc.law.stanford.edu/expert-commentary/4-judge-ou.
胡明哲, « 中外合資經營企業股權轉讓中的法律問題 », *Science and Technology Information*, vol. 12, 2014, pp. 280-1
孫南申, « 中外合營企業合同關鍵條款與經營效益之法律分析 », *Hebei Law Science*, vol. 1, 1991, pp. 13–19
« 外商投資仲裁中的法律問題分析 (An Analysis on Legal Problems in Foreign Investment Arbitration) », *Oriental Law*, vol. 3, 2007, pp. 82–89
孫琬鐘, « 論地方政府的法制工作 », *Peking University Law Journal,* vol. 4, 1990, pp. 1–6
孫聞欣, « 我國外商投資法立法體系的重構與革新 », *Commercial Research Editorial,* vol. 240, 02/2002, pp. 139–141
徐芳, « 論我國新型外國投資訴訟協調處理機構的構建 (On the Construction of the New Mechanism of Coordinating and Handling the Complaints About Foreign Investment in China) », *Hebei Law Science*, vol. 34, n° 2, 02/2016, pp. 45–54
徐泉, « 概論外資准入與投資自由化 », *Modern Law Science*, vol. 25, N° 2, Avril 2003, pp. 146–151
徐崇利, « 從中外合營企業到中外合資公司:內部組織機構體制的多樣化 », *Journal of Cupl,* vol. 5, 2000,

pp. 129–138
徐萍, **姚麗娟**, « 中國外資立法走進新時代 », 國際商報, 26 janvier 2015, disponible sur http://finance.china.com.cn/roll/20150125/2925940.shtml.
桑柏川, « 中國製造業外商直接投資持續下降的原因影響和對策 », *Internade*, vol. 4, 2015, pp.11-16
陶立峰，"外國投資國家安全審查的可問責性分析"，*法学*，2016, vol. 1, p. 67-75.
高子才, « 審理中外合營企業承包合同糾紛案件等幾個問題 », *Legal Forum*, vol. 5, 1993, pp. 11–15
« 關於中外合營企業承包經營的幾個法律問題 », *Nanjing University Law Review*, 1996, pp. 58–62
商舒, «中國上海自由貿易試驗區外資准入的負面清單 », *Law Science*, vol. 1, 2014, pp. 28–35
張志誠, « 試論地方政府的立法活動在我國立法體系中的地位和作用 », *Hebei Law Science*, vol. 5, 1988, pp. 9–13
曹珍, «從開行到開軌—未來三資企業法與公司法改革路徑探析 (Parallel to Unification—Future Path of Reform on China's Foreign Invested Enterprise Law and Company Law) », *Science Economy Society*, vol. 1, 2015, pp. 151–156
盛斌紀, « 國際投資協議中國民待遇原則與清單管理模式的比較研究計對中國的啟示 », *International Business Research*, vol. 36, 01/2015, pp. 5–17
陳治東, « 外商投資合同爭議國內法試用抵觸問題的思考 (Thoughts on the conflicts in applying domestic laws to foreign investment contractual disputes) », *Law Science*, vol. 6, 2002, pp. 62–70
陳姝文, « 對外商投資法草案的評析與建議 », *Law and Social Development*, vol. 1, 2016, pp. 21–22
鄒愛華, **錢倩**, «論外商投資的完善(On the Perfection of the Foreign Investment Law)», *Journal of Hubei Adult Education Institute*, vol. 21 n° 2, mars 2015, pp. 50–52.
陳業宏, « 中外合資經營企業外商控股的立法反思 », *Law Review*, n° 1, 2010, pp. 35–43
陳應寧, « 外商投資企業特別清算的法律實務 », *People's Judicature (Application),* vol. 17, 2007, pp. 98–100
陶立鋒, « 外國投資國家安全審查的可問責性分析 », *Law Science*, vol. 1, 2016, pp. 67–75
陶國中, « 關於中外合營企業股東出資的若干法律問題研究 », *Hebei Law Science*, vol. 1, 2000, pp. 40–44
彭中波, « 論我國外資法律體系的重構模式 (Reconstruction Pattern of Foreign Investment-Law System in China) », *Law Review*, vol. 1, 2006, pp. 121–128
曾文革, « 我國外資參與經營者集中國家安全審查法律制度的不足及完善 », *Journal of Yunnan University Law Edition*, vol. 23, N° 2, mars 2010, pp. 114–121
湯黎虹, « 論地方政府對所屬部門經濟執法的監督 », *Modern Law Review*, pp. 29–32
馮彥達, « 外國投資法草案對ＶＩＥ架構的限制管控 », *Modern Business*, p. 258–259
黃雪蘭, « 完善外商投資企業審批制度的思考 », *National Judges College Law Journal*, vol. 5, 2002, pp. 60–61
黃雁明, « 中國公司參與境外商事仲裁若乾案例思考分析 », *Arbitration in Beijing*, vol. 75, pp. 53–87
趙旭東, « 融合還是開行：外商投資企業與公司法的立法選擇 », *National Judges College Law Journal*, vol. 3, 2005, pp. 15–19
劉文華, **張蕾**, **王楊**, «入世十年中國外商投司法的回眸與展望", *Journal of Beijing University of Technology,* vol. 11, N° 2, 04/2011, pp. 51–58
劉貴祥, « 外商投資企業糾紛若干疑難問題研究 », *Journal of Law Application*, vol. 1, 2010, pp. 10–18
劉貴祥, **高曉力**, « 最高人民法院關於審理外商投資企業糾紛案見若干問題的規定（一）解讀 », *Journal of Law Application*, vol. 10, 2010, pp. 25–29
蔡雙燕, « 外國投資法草案中的國際法因素 », *China Law Info*, 2015, vol. 5, n° 3, pp. 65–69
鄒愛華, « 論外商投資法的完善 (On Improvement of the Legal System of Foreign Investment) », *Journal of HuBei Adult Education Institute*, vol. 2, n° 2, 03/2015, pp. 50–52
陈奕, «司法实务中如何适用最高法院指导性案例 », *中国指导性案例项目*, 22 avril 2012, *disponible sur* https://cgc.law.stanford.edu/commentaries/3-judge-chen.

V. Rapports et études

European Chamber of Commerce in China*:*
European Business in China Position Paper 2015/2016,

European Business in China Position Paper 2016/2017,
European Business in China Position Paper 2017/2018
Business Confidence Survey 2015
Business Confidence Survey 2016
Business Confidence Survey 2017

Nations-Unies:
World investment report overview 2015
World investment report overview 2016
World investment report overview 2017

OCDE :
China Investment Policy, 2013.
Economic Surveys China, 2015.
Economic Surveys China, 2017.
Foreign Direct Investment Statistics, 2017.
Investment Policy Reviews—China, 2008.
Perspectives de l'investissement international, 2005.
Perspectives de l'investissement international, 2007.
Perspectives économiques de l'OCDE 2017
Policies for Sound and Effective Investment in China, 2016
Réformes économiques 2017 : Objectif croissance, 2017.

Trading economics, *China Foreign Direct Investment*, 2017.

U.S. Chamber of Commerce, *China's approval process for inbound foreign direct investment: impact on market access, national treatment and transparency*, 2012.

World Bank:
Doing Business 2015.
Doing Business 2016.
Doing Business 2017.
Doing Business 2018.

VII. Textes juridiques de la République populaire de Chine

A. Conventions et traités internationaux

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissant d'autres États, Washington, 18 mars 1956

Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New

York, 10 juin 1958

Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République Populaire de Chine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 30 mai1984 (abrogé)

Accord entre le gouvernement de la République de Lituanie et le gouvernement de la République Populaire de Chine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 8 novembre 1993

Accord entre le gouvernement de la Barbade et le gouvernement de la République Populaire de Chine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 20 juillet 1998

Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République Populaire de Chine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 26 novembre 2007

B. Lois principales

Loi sur les Entreprises mixtes à capitaux sino-étrangère (EJV) 中華人民共和國中外合資經營企業法	Adoptée par la 2e session de la 5e Assemblée nationale populaire, le 1er juillet 1979, en vigueur depuis le 8 juillet 1979. Amendée le 4 avril 1990 et le 15 mars 2001.
Loi sur l'organisation des tribunaux populaires 中華人民共和國人民法院組織法	Adoptée le 1er juillet 1979 par la 2e session de la 5e Assemblée nationale populaire, en vigueur le 5 juillet 1979. Amendée le 2 septembre 1983, le 2 décembre 1986 et le 30 octobre 2006.
Loi sur les contrats économiques 中華人民共和國經濟合同法	Adoptée par le comité permanent de l'Assemblée nationale populaire le 13 décembre 1981, amendée le 2 septembre 1983, et abrogée le 1er octobre 1999.
Constitution de la République Populaire de Chine 中華人民共和國憲法	Adoptée par l'Assemblée nationale populaire, en vigueur au 4 décembre 1982. Amendée le 12 avril 1988, le 29 mars 1993,

	le 15 mars 1985, le 14 mars 2004.
Loi sur les contrats économiques avec l'étranger 中華人民共和國涉外經濟合同法	Adoptée le 21 mars 1985 à la 6e session du comité permanent du 6e congrès de l'Assemblé populaire nationale. En vigueur depuis le 1er juillet 1985, abrogé le 1er octobre 1999.
Loi sur les entreprises à capitaux exclusivement étrangers (WFOE) 中華人民共和國外資企業法	Adoptée le 12 avril 1986 par la 4e session de la 6e Assemblée nationale populaire. Amender le 31 octobre 2000 et 3 septembre 2016, en vigueur depuis le 1er octobre 2016.
Principes généraux du droit civil 中華人民共和國民法通則	Adoptée par la 4e session de la 6e Assemblée nationale populaire, le 17 avril 1986.
Loi sur les entreprises coopératives à capitaux sino-étrangers (CJV) 中華人民共和國中外合作經營企業法	Adoptée par la 1re session de la 7e Assemblée nationale populaire, le 13 avril 1988. Amendée le 31 octobre 2000.
Loi sur la procédure civile 中華人民共和國民事訴訟法	Adoptée le 9 avril 1991 lors de la 4e session de la 7e Assemblée nationale populaire. Amendée le 28 octobre 2007 et le 31 août 2012.
Loi sur la concurrence 中華人民共和國反不正當競爭法	Adoptée le 2 septembre 1993 par la 3e session de la 8e Assemblée nationale populaire, en vigueur le 1er décembre 1993.
Loi des sociétés 中華人民共和國公司法	Adopté par la 5e réunion du comité permanent de la 8e Assemblée nationale populaire, le 29 décembre 1993. Amendée le 27 octobre 2005, en vigueur depuis le 1er janvier 2006.
Loi sur l'arbitrage 中華人民共和國仲裁法	Adoptée le 31 août 1994 lors de la 9e réunion du comité permanent de la 8e Assemblée nationale populaire, en vigueur depuis le 1er septembre 1995.
Loi sur les juges	Adoptée le 28 février 1995 lors de la 12e

中華人民共和國法官法	session de la 8e Assemblée nationale populaire, amendée le 30 juin 2001.
Loi sur les entreprises individuelles 中華人民共和國個人獨資企業法	Adoptée le 30 août 1999 par la 11e Réunion du 9e Congrès national populaire, en vigueur depuis le 1er janvier 2000.
Loi sur la législation 中華人民共和國立法法	Adoptée par la 3e session de la 9e Assemblée nationale populaire le 15 mars 2000, en vigueur le 1er juillet 2000.
Loi sur le droit international privé 中華人民共和國涉外民事關係法律適用法	Adoptée à la 17e session du comité permanent de la 11e Assemblée nationale populaire, le 28 octobre 2010, en vigueur depuis le 1er avril 2011.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 1

1) Présentation du contexte de la Chine contemporaine 1
2) Problématique 4
3) Intérêts et actualité de l'étude 6
4) Sources de difficultés du droit des investissements directs étrangers 17
5) Méthodologie 24

TITRE 1. Environnement du droit des investissements directs étrangers 27

CHAPITRE 1. Histoire du droit des investissements directs étrangers 30

Section 1. Embryon du droit des investissements directs étrangers sous la période précommuniste 30

I. Naissance du droit des investissements étrangers sous la période précommuniste 31
A. Perte de souveraineté du gouvernement au lendemain des Guerres de l'opium 31
B. Rétablissement des relations internationales sous la période de la République 33
II. Développement du droit des investissements étrangers de la période précommuniste 35
A. Un chemin tortueux, mais continu du droit des investissements étrangers 35
B. Un développement passif du régime des investissements étrangers 40
III. Caractéristiques du droit des investissements étrangers sous la période précommuniste 41
A. Octroi de multiples avantages aux investisseurs étrangers 42
B. Absence d'efficacité du système juridique des investissements étrangers 45
C. Raisons du refus d'application des lois et traités par les ressortissants étrangers. 47
IV. Enseignements du droit des investissements étrangers de la période précommuniste 50
A. Insuffisance de la transplantation pure et simple d'un droit étranger en Chine 51
B. Protection nécessaire des intérêts nationaux 52

Section 2. Renaissance du droit des investissements étrangers sous le communisme 54

I. Contradictions entre l'État de droit et l'économie planifiée 54
II. Création du droit des investissements étrangers sous la politique de réforme et d'ouverture 61
A. Une réforme fondée sur une logique de pragmatisme 62
1) Application des Théories du toucher et du Chat. 62
2) Exemple concret de l'approche pragmatique : Zones économiques spéciales 66
B. Raison d'être de la politique d'ouverture : attirer les capitaux étrangers 70
III. Caractéristiques du droit des investissements directs étrangers sous la Chine communiste 72
A. Un régime juridique à coloration de la politique d'économie planifiée 72
B. Absence d'harmonisation judique en raison de la procédure législative àdouble voie 73
C. Obligation pour les investissements étrangers de créer une « entreprises » 76

Section 3. droit chinois de la mondialisation des investissements étrangers..... 79
I. Transition progressive vers une économie de marché socialiste 79
A. Nécessité énoncée par le Congrès du Parti communiste en 1993..... 80
B. Introduction de l'économie du marché socialiste inspirée des expériences soviétiques..... 81
C. Transition fondée sur la stabilité politique et la sauvegarde de l'ordre public..... 82
II. Une réforme constitutionnelle nécessaire pour adopter l'économie de marché socialste..... 82
A. Transformation nécessaire de la Constitution chinoise sous l'économie de marché..... 83
B. Respect des caractéristiques essentielles d'une économie de marché 88
C. Conséquences de la transformation du droit des investissements directs étrangers 91
III. Effets de la mondialisation sur la structure du droit économique chinois..... 93
A. Réception des règles du droit international avec l'adhésion à l'OMC 94
B. Mise en conformité du droit chinois avec les règles de l'OMC 96
CHAPITRE 2. Cadre institutionnel et juridique des investissements directs étrangers... 102
Section 1. Organisation des pouvoirs et des autorités..... 102
I. Concentration des pouvoirs étatiques dans les mains du Parti communiste chinois.....103
A. Supériorité du Parti communiste chinois sur l'État.....103
1) Rôle esssentiel du Parti communiste chinois au sein de l'État.....103
2) Exercice du pouvoir par le Parti communiste chinois.....106
B. Concentration des pouvoirs exacerbée par la délégation législative à l'exécutif 108
C. Instrumentalisation du droit des investissements étrangers par l'État chinois 109
1) Rôle central de l'État dans le secteur des investissements directs étrangers.....109
2) Un droit des investissements directs étrangers à coloration politique.....112
II. Une décentralisation nécessaire du pouvoir législatif aux gouvernements locaux 113
A. Décentralisation souhaitable du pouvoir législatif central.....114
1) Une tendance progressive de décentralisation.....115
2) Caractéristiques du pouvoir législatif local délégué 116
3) Absence de contrôle de la délégation législative par l'Assemblée nationale populaire 118
B. Difficultés pratiques de l'exercice du pouvoir législatif des autorités locales 120
1) Indétermination des trois limites de la délégation législative.....120
2) Deux lacunes principales dans l'organisation du pouvoir législatif local 121
3) Pratique des affaires face à l'incertitude du pouvoir législatif local 122
Section 2. Une hiérarchie des normes différente de la conception juridique occidentale..... 126
I. Application de l'État de droit socialiste en Chine 128
A. Un établissement difficile de l'État de droit socialiste 128
1) Introduction de la notion d'État de droit en Chine 128
2) Du refus initial de l'État de droit à la naissance de la Chine communiste 130
B. Caractéristiques de la notion d'État de droit socialiste en Chine 134
1) Composants de l'État de droit socialiste en Chine 134
2) Application difficile de l'État de droit socialiste en Chine 137
C. Développement de l'État de droit chinois avec la mondialisation 139

1) Influence des investissements directs étrangers sur l'État de droit chinois 139
2) Vers un État de droit plus rigoureux en Chine 140
II. Sources du droit dans le domaine des investissements directs étrangers..... 142
A. Théorie unitaire des sources de droit en Chine : une conception légicentrique..... 143
1) Protection constitutionnelle des investissements directs étrangers 145
2) Encadrement législatif des investissements directs étrangers..... 147
a. Présentation des lois spéciales régissant les investissements directs étrangers 147
b. Conflits de lois entre le droit des investissements étrangers et le droit des sociétés 149
i. i. Application prioritaire théorique de la Loi des sociétés..... 150
ii. ii. Résolution des conflits de lois nationales..... 152
3) Mise en œuvre des lois sur les investissements directs étrangers par les mesures de nature administrative 155
4) Adaptation du régime des investissements étrangers par les normes locales..... 157
B. Un pluralisme juridique inavoué : vestiges de la culture juridique chinoise 159
1) Éléments issus de l'ordre aristocratique : place secondaire du droit 160
2) Influences du légisme : importance du respect absolu de la loi du Prince..... 165
3) Éléments du droit chinois des affaires issues de la tradition juridique..... 166
a. Une société fondée sur la sauvegarde des *guanxi* (cercle relationnel)..... 166
b. Une justice fondée sur le compromis en société comme en affaires..... 170
III. Vers la reconnaissance du pouvoir normatif de la Cour populaire suprême..... 172
A. Présentation de l'organisation du pouvoir judiciaire 173
1) Indépendance de jure du pouvoir judiciaire..... 173
2) Indépendance personnelle des magistrats..... 175
3) Indépendance interne des magistrats..... 176
4) Absence d'indépendance vis-à-vis des autres entités..... 177
a. Indépendance vis-à-vis du Parti communiste chinois..... 177
b. Indépendance vis-à-vis des Assemblées populaires 179
B. Exercice du pouvoir normatif par l'établissement d'un gouvernement des juges 180
1) Reconnaissance de l'équité en Chine contemporaine..... 181
2) Un gouvernement des juges nécessaire, mais inconstitutionnelle..... 183
C. Exercice du pouvoir normatif par l'application des « Décisions d'orientation »..... 184
1) Rôle des précédents dans la Chine prémoderne..... 184
2) Reconnaissance limitée de la jurisprudence en Chine contemporaine 185
3) Origines du système des Décisions d'orientation 187
4) Nécessité des Décisions d'orientation de la Cour populaire suprême 188
5) Application des Décisions d'orientation de la Cour populaire suprême..... 189
6) Application des Décisions d'orientation par les juges étatiques 191
D. Exercice du pouvoir normatif par l'adoption d'interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême 193
1) Naissance du pouvoir normatif de la Cour populaire suprême 193

2) Statut juridique du pouvoir normatif de la Cour populaire suprême.....198
3) Interprétations judiciaires dans le domaine des investissements étrangers 204
a. Types d'interprétations judiciaires de la Cour populaire suprême 204
b. Interprétations judiciaires applicables aux entreprises à participation étrangère 206
E. Deuxième conclusion.....209

TITRE 2. Déroulement de la vie des investissements directs étrangers 211

CHAPITRE 1. Établissement d'une entreprise à participation étrangère..... 212

Section 1. Cadre juridique des entreprises à participation étrangère 212
I. Présentation introductive 213
II. Régime général des investissements directs étrangers à coloration politique.....216
A. Catalogue d'orientation des investissements étrangers : symbole du pouvoir exécutif.....218
1) Raison d'être du Catalogue d'orientation 218
2) Catégories du Catalogue d'orientation et leur contenu 224
3) Catégorisation du champ d'activités selon le Catalogue d'orientation 229
B. Autorités de contrôle et d'approbation des investissements directs étrangers 233
1) Procédure devant la Commission nationale du développement et de la réforme.....235
2) Procédure devant le Ministère du Commerce 241
3) Procédure de contrôle et d'enregistrement devant l'Administration étatique de l'industrie et du commerce.....247
C. Introduction de l'obligation de divulgation automatique des entreprises 249
1) Présentation de la réforme sur la procédure d'enregistrement 250
2) Champ d'applicabilité de la nouvelle procédure d'enregistrement.....251
3) Nouvelle procédure d'enregistrement des entreprises à participation étrangère.....252
4) Une réforme encourageante, mais insuffisante.....253
III. Trois formes d'investissement direct : l'EJV, la CJV et la WFOE.....254
A. Caractéristiques communes des joint-ventures et WFOE.....258
B. Les caractéristiques des trois véhicules principaux d'investissement direct étranger 263
1) Spécificités des EJV 263
2) Spécificités des CJV sans personnalité morale.....264
3) Différence du niveau flexibilité structurelle entre les EJV et les CJV 266
4) Caractéristiques des entreprises à participation exclusivement étrangère (WFOE).....270
C. Détermination du pouvoir de contrôle d'une entreprise à participation étrangère 274
IV. Récapitulatif des éléments essentiels des entreprises à participation étrangère.....277
Section 2. Litiges principaux afférents aux entreprises à participation étrangère 280
I. Loi applicable aux litiges relatifs à une entreprise à participation étrangère.....282
A. Une liberté de choix de loi encadrée par la loi.....283
1) Une autonomie de principe pour les contrats présentant un élément d'extranéité.....283
2) Application impérative du droit chinois aux entreprises à participation étrangère.....285
B. Détermination de la loi applicable en l'absence de choix des parties.....288
II. Constitution de la joint-venture sino-étrangère en Chine.....290

A. Importance des accords, des contrats de joint-venture et des statuts 290
1) Rapport entre le créancier et la société en formation 290
2) Litiges portant sur l'échec de la constitution de la société 291
3) Conflits entre l'accord de joint-venture, le contrat de joint-venture et les statuts 292
B. Difficultés portant sur libération du capital social 294
1) Conditions portant sur le capital social et sa libération 294
2) Litiges entre e un associé et la société concernant la libération du capital social 296
3) Litiges entre apporteurs lors du versement des apports en capital social 297
4) Problème d'apport insuffisant de la part de l'investisseur étranger 297
5) Difficultés liées aux apports de licence d'usage sans titre de propriété 298
6) Dissolution de l'EJV en cas d'impossibilité des fondateurs de libérer les apports 299
7) Sort des apports non constitutifs du capital social 300
C. Conditions relatives à l'enregistrement administratif. 301
1) Interdiction pour un national chinois d'être un associé 302
2) Concept de la levée du voile social de la société 303
3) Effets des contrats conclus durant la formation sans approbation administrative 306
III. Déroulement de la vie d'une entreprise à participation étrangère 306
A. Mode de fonctionnement de l'entreprise 307
B. Difficultés liées l'exécution d'une convention prêt-nom 307
C. Gouvernance d'entreprise des entreprises à participation étrangère 314
1) Encadrement de la gouvernance d'entreprise par la Loi des sociétés 314
2) Difficultés pratiques spécifiques aux entreprises à participation étrangère 318
D. Litiges de cessions de parts sociales au sein d'une entreprise à participation étrangère ... 326
1) Accord préalable des autorités compétentes 326
2) Cession de parts sociale selon la Loi des sociétés 327
3) Cession de parts selon les Lois sur les entreprises à participation étrangère 332
IV. La dissolution amiable ou contentieuse de l'investissement étranger 336
A. Dissolution demandée par un associé en cas de blocage de la société 338
B. Ouverture de la liquidation après le prononcé de la dissolution de la société 340
1) Procédure de liquidation selon les dispositions législatives et réglementaires 340
2) Difficultés principales des entreprises à participation étrangère en liquidation 341
C. Mise en œuvre de la responsabilité personnelle des dirigeants par les créanciers 343
CHAPITRE 2. Recours multiples offerts aux investisseurs étrangers 346
Section 1. Recours nationaux : le contentieux civil 350
I. Cadre juridique des recours civils 351
A. Compétence juridictionnelle 353
B. Statut de l'investisseur étranger devant la juridiction civile 356
II. Procédure juridictionnelle civile 358
III. Exécution des jugements chinois 360
Section 2. Arbitrage commercial international dans le cadre des investissements étrangers 363

I. Un recours limité de l'arbitrage commercial international....365
A. Licéité du recours à l'arbitrage international....365
B. Internationalité du litige soumis à l'arbitrage international....367
II. Une compétence encadrée de l'arbitrage commercial international....368
A. Régime juridique la convention d'arbitrage....368
1) Principe de l'autonomie de la clause compromissoire....368
a. Autonomie par rapport à la validité du contrat principale....369
b. Autonomie par rapport à la lex contractus du contrat principal....372
2) Conditions de validité d'une clause d'arbitrage....375
B. Un champ d'arbitrabilité large des litiges d'investissements directs étrangers....377
1) Absence d'encadrement de la capacité de compromettre....377
2) Un champ d'arbitrabilité objective large....379
C. Définition restrictive du consentement à l'arbitrage....382
1) Champ d'application ratione personae limité du consentement à l'arbitrage....383
2) Champ ratione materiae limité du consentement à l'arbitrage....389
a. Matières couvertes par la clause compromissoire du contrat de joint-venture....390
b. Litiges de joint-ventures nés des contrats multiples....392
Section 3. Arbitrage d'investissement 396
I. Un système de TBI chinois de plus en plus modernisé....397
A. Finalités des TBI selon les autorités chinoises....398
1) Finalités théoriques des TBI voulues par le gouvernement chinois....398
2) Effets réels des TBI sur le flux des investissements étrangers....400
B. Évolution des TBI en Chinois....404
1) Du lancement du programme de TBI à la dernière génération de TBI....405
2) Évolution des clauses principales des TBI signés avec la Chine....412
a. Champ d'application des TBI : notion d'investissement....413
b. Clause du traitement juste et équitable....415
c. Clause d'interdiction des mesures discriminatoires et arbitraires....417
C. Caractéristiques chinoises du modèle de TBI actuel....418
II. Mise en œuvre du mécanisme Cirdi par la Chine....421
A. L'adhésion partielle de la Chine au Cirdi....422
B. Cas de litiges investisseur-État impliquant la Chine en tant qu'État d'accueil....423
C. Exécution des sentences Cirdi en selon le droit chinois....428
1) Position imprécise du droit chinois portant sur l'exécution des sentences Cirdi....429
2) Carence du droit chinois portant sur certaines questions relatives à l'exécution des sentences Cirdi....433

POSTFACE....435

Aperçu du projet de loi du 19 janvier 2015....435

I. Phases de développement du droit des investissements directs étrangers 437

II. Modifications nécessaires du droit positif des investissements directs étrangers 439
III. Nouveaux apports du projet de Loi des investissements directs étrangers 441
A. Un droit des investissements directs étrangers unifié 442
B. Introduction officielle de la Liste négative nationale..... 445
C. Introduction du système déclaratif 450
D. Dispositions transitoires..... 451
IV. Insuffisances du projet de Loi sur les investissements directs étrangers 452
V. Avenir incertain du projet de loi 457

Conclusion générale 459

Annexe i

Lexique ii

Index xi

Bibliographie xii

Table des matières..... xxvi